Ueber

die Haftung der Contrahenten

bei der

Abschließung von Schuldverträgen.

Von

Friedrich Mommsen.

Zugleich als zweites Heft
der
Erörterungen aus dem Obligationenrecht.

Braunschweig,
C. A. Schwetschke und Sohn.
(M. Bruhn.)
1879.

Erörterungen

aus dem

Obligationenrecht.

Von

Dr. Friedrich Mommsen,
Consistorial-Präsident in Kiel, früher Professor der Rechte in Göttingen.

Zweites Heft.

Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen.

Braunschweig,
C. A. Schwetschke und Sohn.
(M. Bruhn.)
1879.

Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen.

Von

Friedrich Mommsen.

Braunschweig,
C. A. Schwetschke und Sohn.
(M. Bruhn.)
1879.

Dem

vormaligen Präsidenten des Appellationsgerichts zu Flensburg,

Dr. A. F. M. Preusser

als ein Zeichen

aufrichtiger Verehrung und herzlicher Freundschaft,

sowie

in dankbarer Erinnerung an vielfache Anregung
und Förderung

gewidmet.

Vorwort.

Die im vierten Bande der Jahrbücher veröffentlichte Abhandlung von Ihering über die culpa in contrahendo richtet sich, wie gegen die bisherigen Ansichten im Allgemeinen, so namentlich auch gegen die Ausführungen, welche sich in meinen Beiträgen zum Obligationenrecht finden. Wie ich die Abhandlung las, hatte ich sogleich die Absicht, mich gegen die Angriffe von Ihering zu vertheidigen. Die Arbeit wurde auch alsbald begonnen; die politischen Ereignisse, welche mit dem Ende des Jahres 1863 eintraten, hinderten mich jedoch an der Vollendung derselben und in Folge des wiederholten Wechsels des Wohnorts und der amtlichen Stellung habe ich Jahre lang an eine Wiederaufnahme der Arbeit nicht gedacht.

Inzwischen hat Ihering die in der erwähnten Abhandlung aufgestellte Ansicht theilweise zurückgenommen. Daß ich dessenungeachtet die Darstellung und Bekämpfung der Ihering'schen Theorie zum Ausgangspunkt für meine Erörterungen gewählt habe, dürfte dadurch sich rechtfertigen, daß die Ihering'sche Abhandlung die erste ausführlichere Darstellung der Lehre von der Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen enthält und daß an diese Abhandlung eine weitere, bedeutsame Literatur sich angeschlossen hat. Dazu kommt, daß es nicht klar vorliegt, inwieweit Ihering seine frühere Ansicht zurückgenommen hat und daß die Zurücknahme, wie ich an=

nehmen zu müssen glaube, nicht auf diejenigen Punkte sich bezieht, in welchen er meine Ausführungen angegriffen hat.

Der Gegenstand der nachfolgenden Abhandlung steht in naher Beziehung zu verschiedenen wichtigen Lehren des Obligationenrechts. Nach der Bedeutung, welche diese Lehren für den Gegenstand der Abhandlung haben, mußte es sich richten, ob und inwieweit ich auf dieselben einzugehen hätte. Wenn ich in dieser Beziehung mitunter zu viel, mitunter weniger gethan habe, als Manchem erwünscht gewesen wäre, so muß ich bitten, dies zu entschuldigen. Zu einigen, durch den Zweck der Abhandlung nicht geradezu gebotenen Ausführungen bin ich dadurch veranlaßt worden, daß ich die Gelegenheit nicht vorübergehen lassen mochte, einige, in meinen Beiträgen aufgestellte Ansichten zu berichtigen, beziehungsweise gegen erfolgte Angriffe zu vertheidigen.

Daß ich die Erörterung über einige Fragen den am Schlusse angefügten Anhängen zugewiesen habe, wird seine Rechtfertigung darin finden, daß diese Erörterung sonst den Zusammenhang des Ganzen in einer störenden Weise unterbrochen haben würde.

Kiel, im April 1879.

Mommsen.

Inhaltsübersicht.

Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen.

I. Die neueren Theorien.

II. Dogmatische Darstellung und Casuistik.

Anhang I.

Ueber die Ansprüche, welche durch den dolus eines der Contrahenten bei Abschließung eines Kaufcontracts für den Mitcontrahenten begründet werden.

Anhang II.

Ueber die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus.

Berichtigungen.

Seite 29, Zeile 8 v. o. ist statt: „wurde" zu lesen: „würde".
Seite 32, Zeile 9 v. o. ist statt: „sis cit" zu lesen: „si scit".
Seite 32, Zeile 8 v. u. fg. sind die Worte: „der Schlußsatz" bis „im Widerspruch" zu streichen und durch folgende Worte zu ersetzen: „über die auf das Depositum sich beziehenden Schlußworte derselben vgl. unten §. 9 am Ende."
Seite 73, Zeile 16 v. u. ist statt: „eine dare" zu lesen: „ein dare".
Seite 145, Zeile 3 v. o. ist statt: „seine" zu lesen: „seinen".

Zusatz zu §. 16.

Am Schluß des §. 16 (Seite 123 fg.), wo von den Fällen einer gefälschten und einer entwendeten Vollmacht die Rede ist, hätte zugleich der Fälle gedacht werden sollen, in welchen der Aussteller der Vollmacht behauptet, daß er den Inhalt der von ihm unterzeichneten Vollmacht nicht gekannt habe, daß er durch Drohung oder Betrug zur Unterzeichnung veranlaßt worden sei, oder daß bei der Ausfertigung der Vollmacht ein Versehen stattgefunden habe. Einer weiteren Ausführung wird es übrigens in dieser Beziehung nicht bedürfen, da für die angeführten Fälle selbstverständlich die für die schriftlichen Willenserklärungen im Allgemeinen geltenden Grundsätze (S. 106—112) zur Anwendung kommen müssen und es nach diesen Grundsätzen sich bestimmt, ob Einwendungen der erwähnten Art Berücksichtigung finden können und ob im Fall ihrer Berücksichtigung dem, welcher mit dem Stellvertreter contrahirt hat, ein Anspruch auf Erstattung der Kosten ꝛc. gegen den Aussteller der Vollmacht zusteht.

Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen.

I. Die neueren Theorien.

§. 1.

Die Ihering'sche Theorie. — Darstellung derselben.

Die Frage, für welche culpa die Contrahenten in bereits begründeten Schuldverhältnissen zu haften haben, finden wir in unserer Literatur vielfach erörtert; über die Frage, wie es mit der Haftung der Contrahenten bei Abschließung von Schuldverträgen steht, finden wir in der früheren Literatur nicht viel mehr, als einige gelegentliche Bemerkungen [1]).

Ihering hat das Verdienst, diese Frage zuerst einer eingehenden Erörterung unterzogen zu haben. Das Resultat, zu welchem er gelangt, faßt er in den allgemeinen Satz zusammen:

> „Das Gebot der contractlichen diligentia gilt, wie für gewordene, so auch für werdende Contractsverhältnisse; eine Verletzung desselben begründet hier, wie dort, die Contractsklage auf Schadensersatz" [2]).

---

1) Diesen Charakter haben auch die Bemerkungen, welche sich in der ersten Abtheilung meiner Beiträge zum Obligationenrecht (S. 107 fg., S. 122 fg., S. 133 fg., S. 136 Anm. 6) über diese Frage finden. Es konnte nicht in meiner Absicht liegen, in der Abhandlung über die Unmöglichkeit der Leistung auf diese Frage in einer umfassenden Weise einzugehen. — Einen wesentlich anderen Charakter kann man auch der Ausführung in der Richelmann'schen Schrift über den Einfluß des Irrthums auf Verträge (S. 129—138) nicht beilegen.

2) S. Ihering, Jahrbücher Bd. IV. S. 52.

Die culpa in contrahendo (so nennt Ihering die culpa, deren sich die Contrahenten bei Abschließung des Contracts schuldig machen) ist nach seiner Ansicht im Wesentlichen Nichts anders, als die contractliche culpa in einer besonderen Richtung. Demgemäß müssen die Contrahenten schon bei Abschließung des Contracts denselben Grad der culpa prästiren, wie später, wenn es sich um die Erfüllung der Obligation handelt.

Die Regel, welche Ihering aufstellt, muß an sich ebensowohl für die Fälle eines gültigen Contracts gelten, als für die Fälle, in denen nur äußerlich ein Contractsabschluß stattgefunden hat, in Wahrheit aber keine Obligation zu Stande gekommen ist. Ihering faßt jedoch vorzugsweise nur die letzteren Fälle ins Auge und knüpft seine Ausführung an eine Polemik gegen die von mir in meinen Beiträgen aufgestellte Ansicht an.

Ich hatte daselbst ausgeführt, daß man unterscheiden müsse zwischen dem Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung des Contracts habe, und dem Interesse, welches er daran habe, daß von dem Contract gar nicht die Rede gewesen wäre. Ich hatte ferner bemerkt, daß im Fall der Nichtigkeit des Contracts nur das letztere Interesse in Frage kommen könne, indem eine Verpflichtung zur Leistung des Erfüllungsinteresses die Gültigkeit des Contracts zur nothwendigen Voraussetzung habe [3]). Zugleich hatte ich, indem ich den Entschädigungsanspruch im Fall der Nichtigkeit des Contracts als einen außercontractlichen auffaßte, die Ansicht ausgesprochen, daß eine Klage auf das fragliche Interesse im Allgemeinen nur dann zulässig sei, wenn der andere Theil sich eines dolus oder einer lata culpa schuldig gemacht habe, weil nur der dolus, dem die lata culpa gleich stehe, allgemein als causa obligationis anerkannt werde [4]).

Ihering stimmt insofern mit mir überein, als er ebenso, wie ich, zwischen dem Erfüllungsinteresse und dem Interesse unterscheidet, welches der Mitcontrahent daran hat, daß von dem Contract gar nicht die Rede gewesen wäre. Das Verdienst, welches ihm in dieser Beziehung zukommt, besteht darin, daß er für die letztere Art des Interesses den bequemeren und zugleich sehr passenden Ausdruck: negatives Interesse erfunden hat. Ferner stimmt Ihering auch insofern mit mir überein, als er annimmt, daß im Fall der Nichtigkeit

3) Vgl. meine Beiträge, I. S. 107 fg.

4) Vgl. meine Beiträge, I. S. 109. S. 122 fg., S. 133. S. 136 Anm. 6.

des Schuldvertrages nur ein Anspruch auf das negative Interesse vorkommen könne. Dagegen bemerkt er gegen meine Ansicht über die **Begründung** des Anspruchs auf das negative Interesse:

1) daß die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus sich nur auf contractliche Verhältnisse beziehe, — eine Behauptung, die entschieden mit den Quellen im Widerspruch steht, auf welche ich aber hier nicht näher eingehen will [5]),

2) daß es, wenn man den Anspruch auf das negative Interesse nach den Grundsätzen der außercontractlichen Verschuldung beurtheilen wolle, schlechterdings unbegreiflich sei, warum die römischen Juristen zur Contractsklage gegriffen hätten, da ja die actio de dolo vollkommen ausgereicht hätte.

Was die eigene Ansicht betrifft, so findet Ihering die **positive** Grundlage für seine Theorie namentlich in folgenden Stellen:

L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1).
§. 5. J. de emtione (3. 23).
L. 8. §. 1. D. de religiosis (11. 7).
L. L. 8. 9. D. de hered. vend. (18. 4).

Er findet in diesen Stellen den Satz ausgesprochen, daß der Verkäufer einer res extra commercium oder einer nicht existirenden Erbschaft dem Käufer, sofern dieser mit dem Mangel nicht bekannt gewesen, unbedingt zur Leistung des negativen Interesses verpflichtet sei.

Es fragt sich nun aber: wie gelangt Ihering von dieser Entscheidung aus zu dem allgemeinen Satz, den er als das Resultat seiner Erörterungen hinstellt?

Zu diesem Behuf sucht er zuerst nachzuweisen, daß der Anspruch auf Schadensersatz trotz der Nichtigkeit des Contracts als ein contractlicher Anspruch anzusehen sei. Der wichtigste positive Grund, den er dafür anführt, besteht darin, daß die Römer in dem angegebenen Fall die Contractsklage gegeben haben. Außerdem hebt er hervor, daß der Anspruch, wenn man ihn als einen außercontractlichen ansehe, völlig unconstruirbar sei. Man habe nämlich dann nur die Wahl, ihn an die actio doli oder an die actio legis Aquiliae anzuschließen; Beides sei aber unthunlich, die Anlehnung an die actio doli, weil hier kein dolus erfordert werde, die Anlehnung an die

---

5) Die nähere Ausführung habe ich dem Anhang II. vorbehalten.

actio legis Aquiliae, weil es hier an der eigenthümlichen Art der Beschädigung fehle, welche diese Klage voraussetze.

Sodann sucht Ihering zu beweisen, daß der Grund, weshalb der Verkäufer einer res extra commercium und einer nicht existirenden Erbschaft zum Schadensersatz verpflichtet sei, in einer vom Recht angenommenen Verschuldung desselben zu suchen sei. Er nimmt an, daß der Verkäufer in den angegebenen Fällen schlechthin zum Schadensersatz verpflichtet sei, also auch dann, wenn ihm nach Maßgabe der Verhältnisse des individuellen Falls in Wirklichkeit eine culpa nicht zur Last falle. Dessenungeachtet ist er der Ueberzeugung, daß man die Haftung des Verkäufers auf eine culpa zurückführen dürfe, weil die römischen Juristen selbst in verschiedenen anderen Fällen, wo die Haftung von dem individuellen Verhalten des Verpflichteten ganz unabhängig sei, in gleicher Weise verfahren seien.

Das Recht, den Gesichtspunkt der culpa zu Grunde zu legen, scheint ihm dadurch vollständig begründet zu sein. Wenn Ihering es dennoch für erforderlich hält, einem Einwande, der gegen ihn erhoben werden könnte, zu begegnen, so ist dies kein Einwand gegen die Zulässigkeit des eben angegebenen Gesichtspunkts, sondern ein Einwand ganz anderer Art. Man könnte ihm — bemerkt Ihering — den Einwand machen, daß es nicht nöthig sei, die Haftung des Verkäufers in den zur Frage stehenden Fällen auf eine culpa zurückzuführen; da der Verkäufer ja doch schlechthin hafte, so habe es kein praktisches Interesse, ob man hier eine culpa annehme oder nicht. Um diesen Einwand zu widerlegen, sucht Ihering nachzuweisen, daß sich mit dem Gesichtspunkt der culpa ein erhebliches Interesse verbinde, zuerst deshalb, weil die Klage ohne diesen Gesichtspunkt als eine Singularität erscheine — denn das sei eine Schadensersatzklage ohne Verschuldung —, und zweitens deshalb, weil man mit Hülfe des erwähnten Gesichtspunkts ein allgemeines Princip für die Klage und auf diese Weise das Recht gewinne, über die in den Stellen erwähnten Fälle hinauszugehen und in allen Fällen, wo eine gleiche culpa sich finde, eine gleiche Wirkung eintreten zu lassen.

Und damit ist Ihering denn zu dem Resultat gelangt, daß die Contrahenten schon beim Contrahiren für dieselbe culpa zu haften haben, wie in Beziehung auf die Erfüllung der begründeten Obligation. Derjenige, welcher contrahirt, tritt damit aus dem rein

negativen Pflichtenkreis des außercontractlichen Verkehrs in den positiven der Contractssphäre, von dem Gebiet der bloßen culpa in faciendo auf das der culpa in non faciendo, der positiven diligentia; und die erste und allgemeinste Verpflichtung, welche er damit übernimmt, ist nach Ihering die: bei dem Contrahiren selbst bereits die nöthige diligentia aufzuwenden[6]).

Im Nachfolgenden will ich, ehe ich auf das uns zu Gebote stehende Quellenmaterial eingehe, zunächst die allgemeinen Ausführungen von Ihering einer Prüfung unterziehen, und zwar werde ich ein Doppeltes ins Auge zu fassen haben:

1) Contractliche Verpflichtung ohne Contract;
2) Begründung einer Schadensersatzklage auf culpa, ohne daß eine culpa gefordert wird.

---

§. 2.

Die Ihering'sche Theorie. — Contractliche Verpflichtung ohne Contract.

Der Natur der Sache nach kann man von einer contractlichen Verpflichtung nur da sprechen, wo die Verpflichtung sich auf einen Contract stützt, aus demselben hervorgegangen ist, mithin nur in den Fällen, wo überhaupt ein Contract im rechtlichen Sinne vorhanden ist. Ihering ist selbst der Meinung, daß die Auffassung, derzufolge eine contractliche Verpflichtung auch bei einem nichtigen Contract vorkommen könne, dem älteren römischen Recht zu fein und künstlich gewesen sei; er ist aber überzeugt, daß das neuere römische Recht sich zu dieser Auffassung emporgeschwungen habe.

---

6) Ihering (S. 50 fg.) freut sich, die von ihm für das gemeine Recht aufgestellte Theorie im Allg. Preuß. Landrecht (I. Tit. 5. §. 284) anerkannt zu finden. Wenn er dabei es als zweifelhaft hinstellt, ob die Verfasser des Landrechts sich der Tragweite des citirten Paragraphen bewußt gewesen seien, so möchte ich einen Schritt weiter gehen und geradezu die Ansicht aufstellen, daß sie sich der Tragweite nicht bewußt gewesen sind; sonst würden sie, wie ich glaube, den Satz, wenigstens in der Allgemeinheit, wie sie es gethan, nicht aufgestellt haben.

Dies gehe — meint er — klar daraus hervor, daß dasselbe zum Zwecke des Schadensersatzes die Contractsklage gewähre; der Name der Klage sei aber im Munde der römischen Juristen „bekanntlich" nicht ein bloßer Name oder etwas bloß processualisch Bedeutungsvolles, sondern der Ausdruck der materiell rechtlichen Natur des unterliegenden Verhältnisses.

Obgleich Ihering diese Ansicht, indem er sie mit dem Worte: „bekanntlich" einführt, als eine allgemein anerkannte und unbestreitbare hinstellt, sehe ich mich doch genöthigt, derselben zu widersprechen. Ich halte es nicht gerechtfertigt, aus dem bloßen Namen der Klage solche Schlüsse zu ziehen, wie Ihering sie zieht.

Die Römer haben diejenigen Contractsklagen, welche zu den bonae fidei actiones gehören, in einer außerordentlich weiten Ausdehnung zugelassen, und es ist zuletzt, wie wir nach den Zeugnissen in den Quellen annehmen müssen, dahin gekommen, daß sie die gedachten Contractsklagen überall gegeben haben, wo ein obligatorischer Anspruch in Veranlassung der Thatsache, daß äußerlich der Abschluß des Contracts stattgefunden hat, zur Entstehung gelangt ist. Ist nun in allen diesen Fällen von den römischen Juristen mit dem Namen der Klage auch das Vorhandensein einer Verpflichtung aus dem Contract anerkannt, nach welchem die Klage den Namen führt? Ich glaube, daß man den römischen Juristen Unrecht thut, wenn man dies annimmt. In dieser Beziehung genügt es, darauf hinzuweisen, daß die actio emti, wenn der abgeschlossene Kaufcontract in Folge einer späteren Vereinbarung wieder rückgängig gemacht ist, auf Restitution der gegebenen arrha zugelassen wird[1]). Daß hier die Klage nicht auf den (rückgängig gemachten) Kaufcontract sich stützt, vielmehr in Wahrheit nur die Voraussetzungen einer condictio sine causa vorliegen, ist völlig klar, und es scheint mir eine starke Zumuthung zu sein, wenn man glauben soll, daß die römischen Juristen dessenungeachtet den Anspruch auf die Restitution der arrha als einen Anspruch aus dem Kaufcontract betrachtet haben.

Ein anderes Beispiel, welches zeigt, daß man nicht ohne weiteres ein entscheidendes Gewicht auf den Namen der Klage legen kann, bietet die L. 13. pr. §. 1. D. de act. emti (19. 1).

---

1) L. 11. §. 6. D. de act. emti (19. 1). Vgl. auch L. 4. pr. D. de lege commissoria (18. 3) L. 16. D. de in diem addict. (18. 2) L. 2. D. de cond. sine causa (12. 7), Stellen, welche auf verwandte Fälle sich beziehen.

Nach dieser Stelle müssen wir annehmen, daß die actio emti in der späteren Zeit dem Käufer einer fehlerhaften Sache auch dann eingeräumt wurde, wenn der Verkäufer Nichts von den Fehlern wußte, also in den Fällen, wo ursprünglich nur die ädilitischen Klagen zulässig waren. Wenn man nun aus der Zulassung der actio emti auf die Anwendung der im Allgemeinen für diese Klage geltenden materiellen Grundsätze zu schließen hätte, so würden die Bestimmungen des ädilitischen Edicts großentheils keine praktische Bedeutung mehr haben, indem man sich dann durch die Wahl der actio emti von den Bestimmungen des Edicts, soweit sie beschränkender Natur sind, frei machen könnte. Daß ein solcher Schluß nicht zulässig ist, wird allgemein anerkannt und ergiebt sich auf das Entschiedenste aus der ganzen Art und Weise, wie der Titel de aedilitio edicto von den Compilatoren zusammengestellt ist [2]).

Das Vorstehende möge genügen, um darzuthun, daß eine Schlußfolgerung aus dem bloßen Namen der Klage doch einigermaßen bedenklich ist.

Wenn Jhering ferner gegen die von mir aufgestellte Ansicht geltend macht, daß die Zulassung der Contractsklage völlig unbegreiflich sei, wenn die actio doli schon ausgereicht hätte, und wenn er zugleich sich dahin ausspricht, daß die Zulassung dieser Klage nur dann sich erklären lasse, wenn man seine Ansicht über die culpa in contrahendo annehme, so kann ich dies eben so wenig für richtig halten.

Zunächst möchte ich hier folgende Fragen aufwerfen: Warum haben die Römer in dem Fall der L. 11. §. 6. D. de act. emti (19. 1) die actio emti zugelassen, obgleich in der Stelle selbst anerkannt wird, daß die condictio hier gleichfalls begründet sei? Warum ferner haben sie in den Fällen der ädilitischen Klagen zugleich auch die actio emti zugelassen? Diese Fragen würden zuerst

---

2) Jhering a. a. O. S. 31 beruft sich zugleich auf die rei vindicatio gegen den fictus possessor „als eine interessante Parallele, die sich auf dem Gebiet des Sachenrechts findet". Gegen diese Bezeichnung finde ich Nichts einzuwenden; ich halte jedoch die Parallele nicht für geeignet, die Jhering'sche Ansicht zu unterstützen, da die Klage gegen den fictus possessor, obgleich sie den Namen: rei vindicatio führt, doch von den römischen Juristen als das, was sie ihrer eigentlichen Natur nach ist, nämlich als eine persönliche Klage und zwar als eine Entschädigungsklage ex delicto behandelt wird. Vgl. L. 52. D. de rei vind. (6. 1).

zu beantworten sein, ehe der von mir aufgestellten Ansicht der Vorwurf der Unbegreiflichkeit gemacht werden kann.

Soviel muß ich aber freilich zugeben, daß die Ausdehnung der zu Frage stehenden Contractsklagen auf Fälle, für welche sie ihrer eigentlichen Natur nach nicht anwendbar waren, einen Grund gehabt haben muß. Es fragt sich also, worin dieser Grund zu finden ist.

Ihering findet den allein denkbaren Grund darin, daß die Römer für die Fälle, um die es sich für ihn handelt, nämlich für die Fälle eines erst noch werdenden Contractsverhältnisses eine Abweichung von den Grundsätzen über die außercontractliche Verschuldung und die Anwendung der Grundsätze über die contractliche Verschuldung nöthig gehalten haben.

Die Abweichung von den Grundsätzen über die außercontractliche Verschuldung, deren Bedürfniß die Ausdehnung der Contractsklage herbeigeführt haben soll, kann an sich ebensowohl auf die Art der Verschuldung, als auf den Grad der Verschuldung sich beziehen.

Was die erstere betrifft, so besteht allerdings, abgesehen von bereits begründeten obligatorischen Verhältnissen, im Allgemeinen keine Verpflichtung, positive Handlungen für einen Anderen vorzunehmen; die Haftung beschränkt sich auf dolus und culpa in faciendo. Die Römer nehmen aber unter Umständen einen dolus und eine culpa in faciendo auch dann an, wenn eine Unterlassung als die unmittelbare Ursache des Schadens erscheint, nämlich in den Fällen, in welchen das Thun, welches unterlassen ist, durch eine voraufgehende oder begleitende Thätigkeit geboten war [3]). Die Unterlassung wird in diesen Fällen mit der voraufgehenden oder begleitenden Thätigkeit, an welche sie sich anschließt, als ein Ganzes zusammengefaßt, und zwar gilt dies auch dann, wenn das der Unterlassung voraufgehende oder sie begleitende Thun an sich ein durchaus erlaubtes war. Dies wird nicht nur in Beziehung auf die actio legis Aquiliae [4]), sondern auch in Beziehung auf die actio doli anerkannt [5]). Demgemäß

---

3) Vgl. Windscheid, Pandekten §. 455, der in dieser Weise die Grenze zwischen der culpa in faciendo und der culpa in non faciendo festgesetzt und solchergestalt die Entscheidungen der Quellen auf ein, denselben durchaus entsprechendes Princip zurückgeführt hat.

4) L. 8. pr. L. 27. §. 9. L. 30. §. 3. D. ad leg. Aquil. (9. 2).

5) L. 5. pr. D. si mensor (11. 6).

muß man annehmen, daß nach römischer Auffassung auch dann ein dolus in faciendo vorliegt, wenn die Verschuldung des Verkäufers bei der Abschließung des Contracts allein in einem dolosen Verschweigen besteht. Hier liegt nämlich ein voraufgehendes, bezw. begleitendes Handeln vor, welches zur Offenheit verpflichtet, und wie wir in dem Fall, wo beim Contrahiren ein wesentlicher Umstand dolose verschwiegen wird, unbedenklich von doloser Abschließung des Contracts, also von einer dolosen Handlung sprechen, so würde sicherlich auch kein römischer Jurist Bedenken getragen haben, ein Gleiches zu thun.

Die Art der Verschuldung, welche bei Abschließung des Contracts zu berücksichtigen war, machte es also nicht nöthig, hier zur Contractsklage zu greifen [6]). Anders steht es mit dem Grade der Verschuldung. Wenn man es für nöthig hielt, den Verkäufer, Vermiether ꝛc. schon beim Contrahiren für levis culpa einstehen zu lassen, so konnten die vorhandenen Delictsklagen nicht ausreichen, und wenn man von den Quellen absieht, könnte man sich denken, daß die Römer aus diesem Grunde zur Contractsklage gegriffen hätten [7]).

Wenn aber Ihering dies als den einzig möglichen Grund betrachtet, so ist dies entschieden unrichtig. Diejenigen, welche bei der Abschließung des Contracts nur eine Haftung für dolus annehmen, könnten den Grund für die Ausdehnung der Contractsklage auf diese Fälle darin finden, daß die Römer die actio doli wegen ihrer infamirenden Natur möglichst zu beschränken gesucht hätten.

---

6) Daß Ihering in dieser Beziehung anderer Meinung sein sollte, kann ich kaum glauben, obgleich es nach der Art, wie er sich S. 41 fg. ausdrückt, fast den Anschein gewinnen könnte.

7) Der Hergang könnte übrigens auch ein anderer, das Verhältniß von Grund und Folge das umgekehrte gewesen sein. Die Zulassung der Contractsklage in den fraglichen Fällen könnte die Folge gehabt haben, daß die Haftung auf levis culpa ausgedehnt wäre. Auf diese und nur auf diese Weise läßt es sich erklären, daß die Contractsklage, welche in den Fällen eines dolus in contrahendo gegeben wird, gegen die Erben des Verletzers in solidum geht (L. 8. §. 1. D. de relig. 11. 7) und daß, wie man annehmen muß, für diese Fälle auch in Betreff der Verjährung die Grundsätze der Contractsklage zur Anwendung kommen. Es wird schwerlich Jemandem einfallen, darin, daß man die Regeln über die Vererblichkeit und über die Verjährung der actio doli ausschließen wollte, den Grund finden zu wollen, weshalb die Contractsklage über ihre eigentliche Sphäre ausgedehnt worden ist.

An sich würde dieser letztere Grund gerade eben so gut sein, wie der von Ihering angegebene Grund[8]). In der That kann aber, möge man im Uebrigen in Betreff der Haftung beim Contrahiren eine Ansicht haben, welche man wolle, keiner dieser beiden Gründe genügen.

Wenn die Contractsklagen, abgesehen von den Fällen einer Verschuldung beim Contrahiren, nur in solchen Fällen zugelassen wären, wo es sich um Geltendmachung einer auf dem Contract beruhenden Verpflichtung handelt, so würde man, jenachdem man die eine oder die andere Ansicht für die richtige hält, an dem einen oder an dem anderen Grunde sich genügen lassen können. Die Quellen ergeben aber auf das Unzweifelhafteste, daß die Ausdehnung der Contractsklage sich keineswegs auf die erwähnten Fälle beschränkt, daß diese Klage vielmehr auch in solchen Fällen zugelassen wird, wo eigentlich eine condictio sine causa hätte angestellt werden sollen[9]).

Man könnte nun etwa sagen: die Ausdehnung der Contractsklage hätte sich zuerst auf die Fälle einer Verschuldung beim Contrahiren bezogen und erst später wäre sie weiter ausgedehnt worden. Aber einestheils haben wir dafür, daß der Hergang so gewesen, kein Zeugniß in den Quellen, anderntheils würde man dadurch nicht der Mühe überhoben sein, auch für die ferneren, wesentlich anders gearteten Fälle der Ausdehnung einen Grund ausfindig zu machen und dies dürfte um so schwieriger sein, als die anderen Fälle sich in der allererheblichsten Weise äußerlich, wie ihrem inneren Wesen nach, von den Fällen der Verschuldung beim Contrahiren unterscheiden.

Nach meinem Erachten kann man zu einer befriedigenden Erklärung für die weite Ausdehnung der bonae fidei Contractsklagen nur dann gelangen, wenn man die Zulassung der Contractsklage in den

---

8) In den Quellen wird weder der eine noch der andere Grund für die Ausdehnung der Contractsklage angegeben. Für den aus der infamirenden Natur der actio doli hergenommenen Grund könnte man sich aber darauf berufen, daß das Bestreben, die actio doli möglichst zu beschränken, sich auch sonst bei den römischen Juristen zeigt, indem sie eben aus diesem Grunde in verschiedenen anderen Fällen die actio doli durch eine in factum actio ersetzt haben. Vgl. L. 9. §. 5. L. 10. L. 11. D. de dolo (4. 3). So gar unbegreiflich, wie Ihering dies meint, würde also auch bei der Ansicht, welche nur wegen dolus in contrahendo haften läßt, die Ausdehnung der Contractsklage nicht sein.

9) Vgl. die in der Anm. 1 citirten Stellen.

Fällen einer Verschuldung beim Contrahiren als eine einzelne Anwendung des, freilich erst allmählich in seinem ganzen Umfange anerkannten Grundsatzes ansieht, daß bei den b. f. Contracten die Contractsklage zur Geltendmachung aller Ansprüche benutzt werden kann, die in Folge der äußeren Thatsache der Abschließung des Contracts entstanden sind. Sie erklärt sich dann, wie mir scheint, ohne Schwierigkeit aus den damit verbundenen praktischen Vortheilen.

Während heutzutage auf den Namen, welchen der Kläger seiner Klage beigelegt hat, Nichts ankommt, der Richter vielmehr nur zu untersuchen hat, ob die vom Kläger angeführten Thatsachen geeignet sind, den materiellen Anspruch, welchen der Kläger erhoben hat, zu begründen, wurde nach dem römischen Recht der Kläger abgewiesen, wenn er sich in der Wahl der Klage vergriffen, wenn er für die Klage, welche er geltend machen wollte, einen falschen Namen gewählt hatte. Dieser Grundsatz des römischen Rechts war mit erheblichen Gefahren für den Kläger verbunden; ja noch mehr, er gefährdete die Erreichung des Zweckes, welchen in der That jede Rechtsprechung hat. Wenn man glaubt, daß die Römer gegen die erwähnten praktischen Bedenken völlig blind gewesen seien oder daß sie dieselben im Verhältniß zu den Vortheilen, welche es hat, den Kläger zu einer schärferen Erfassung des Klagegrundes zu nöthigen, gering geachtet hätten, so ist dies meiner Ueberzeugung nach eine irrige Auffassung.

Sehr lehrreich ist in dieser Beziehung, was Ulpian in der L. 1. D. de aestimatoria (19. 3) sagt:

> „Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est, hanc actionem proponi; quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen, aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem; est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei judiciis diximus“.

Als Grund, weshalb man hier zur actio praescriptis verbis gegriffen hat, wird ausdrücklich angeführt, daß man es habe ver-

meiden wollen, daß der Kläger wegen eines bloßen Formfehlers abgewiesen werde, und zugleich wird darauf Bezug genommen, daß das negotium ein negotium bonae fidei sei. Wie die Römer hier zum Schutz des materiellen Rechts zur actio praescriptis verbis griffen, so haben sie gewiß auch die praktischen Vortheile, welche mit der ausgedehnten Zulassung der bon. fid. Contractsklagen verbunden waren, nicht verkannt, da diese ganz in gleicher Weise zum Schutz des materiellen Rechtes dient, und hierin möchte ich den inneren Grund für die weite Ausdehnung der fraglichen Contractsklagen finden. Die Art und Weise, wie die formula bei den bonae fidei actiones gefaßt wurde, erleichterte es den römischen Juristen, hier in dieser Weise zu verfahren. Man brauchte nur die Worte der demonstratio, in welchen der Abschluß des Contracts referirt wurde, lediglich auf die äußere Thatsache des Abschlusses zu beziehen, so bot die unbestimmte, zugleich auf die bona fides hinweisende Fassung der intentio kein Hinderniß, alle Ansprüche, welche in Veranlassung dieser Thatsache zur Entstehung gelangt waren, unter die formula zu subsumiren. Daß bei den Formalcontracten eine gleiche Behandlung nicht eintrat, hier vielmehr der Form eine größere Bedeutung beigelegt wurde, erklärt sich ohne Schwierigkeit.

Auf diese Weise dürfte sich die weite Ausdehnung der bonae fidei actiones ohne Schwierigkeit erklären. So viel steht jedenfalls fest, daß man aus der Zulassung der Contractsklage nicht ohne weiteres auf die Anwendbarkeit aller in Beziehung auf den Contract geltenden Regeln schließen darf.

---

§. 3.

Die Ihering'sche Theorie. — Begründung einer Schadensersatzklage auf culpa, ohne daß eine culpa gefordert wird.

Wie man aus dem Namen der Klage nicht folgern kann, daß die Römer in den Fällen eines nichtigen Contracts eine contractliche Verpflichtung mit allen daraus sich ergebenden Folgen angenommen haben, so kann man auch aus den von Ihering citirten Stellen (der L. 62 §. 1 de act. emti u. s. w.) den allgemeinen

Satz, den er als Resultat seiner Ausführungen hinstellt, nicht ableiten. Wenn man auch mit Ihering annehmen zu müssen glaubte, daß nach den fraglichen Stellen der Verkäufer einer res extra commercium und der Verkäufer einer nicht existirenden Erbschaft schlechthin zur Leistung des negativen Interesses verpflichtet seien, so würde daraus doch nicht folgen, daß der Verkäufer bei Abschließung des Contracts allgemein für levis culpa hafte. Um diese Schlußfolgerung zu rechtfertigen, hätte Ihering jedenfalls beweisen müssen, daß das Recht in den gedachten Fällen immer und ohne Rücksicht auf die Verhältnisse des concreten Falls eine culpa des Verkäufers angenommen habe und daß dies der Grund für die Annahme der Verpflichtung gewesen sei. — Dies hat Ihering aber nicht bewiesen. Er beruft sich nur darauf, daß die römischen Juristen in einigen anderen Fällen, wo die Haftung von dem besonderen Verhalten des Verpflichteten unabhängig sei, von einer culpa desselben sprächen und dadurch die Haftung motivirten.

Es möge mir gestattet sein, auf zwei der von Ihering angeführten Fälle etwas näher einzugehen, nämlich auf die durch das Edict der Aedilen eingeführte Haftung des Verkäufers und auf die Haftung des Mandanten auf Schadensersatz, wenn der Mandatar durch die Ausführung des Auftrages einen Schaden erlitten hat [1]).

Der Grund, weshalb die Aedilen den Verkäufer schlechthin zur Anzeige gewisser Fehler verpflichteten, ohne Rücksicht darauf, ob er sie gekannt hat oder nicht, lag darin, daß im Verkehr sich ein Bedürfniß geltend gemacht hatte, dem Käufer eine größere Sicherheit zu gewähren, als die, welche er nach den allgemeinen Rechtsregeln hatte.

---

1) Außerdem beruft Ihering (S. 38) sich noch auf die L. 23 pr. D. pro socio (17. 2), die meiner Ansicht nach nur auf eine wirkliche Verschuldung bezogen werden kann. Der socius, welcher ohne Mitwissen seiner Genossen eine andere Person in die Gemeinschaft aufnimmt, haftet für die Handlungen dieser Person. Auch wenn ihm eine culpa in eligendo nicht zur Last fällt, liegt hier doch eine Verschuldung vor, indem der einzelne socius nicht berechtigt ist, ohne Mitwissen und Einwilligung der übrigen socii eine andere Person in die Gemeinschaft aufzunehmen. Eben wegen dieser Verschuldung hat er unbedingt für die Handlungen des von ihm aufgenommenen Dritten zu haften. Die Haftung ist in derselben Weise zu erklären, wie die Haftung des Geschäftsführers in L. 11. D. de negot. gestis (3. 5). Vgl. meine Beiträge II. S. 193. Wie man die Sache anders auffassen kann, ist mir nicht verständlich. S. auch Hesse im Archiv für civil. Praxis. LXI. S. 262.

Darauf beziehen sich in der L. 1 §. 2 D. de aed. ed. (21. 1) die Worte: „neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate". Außerdem beruft sich der Jurist darauf, daß die Bestimmung des Edicts nicht unbillig gegen den Verkäufer sei: „potuit enim ea nota habere venditor". Indem er darauf hinweist, daß der Verkäufer, wenn er auch den Fehler nicht kannte, doch (wenigstens in der Regel) nicht ohne Schuld sei, will er nur einen Vorwurf beseitigen, den man gegen die Bestimmung des Edicts erheben könnte. Der positive Grund der Bestimmung liegt aber nicht in der angenommenen Verschuldung des Verkäufers, sondern darin, daß man in der zur Frage stehenden Beziehung eine größere Sicherstellung des Käufers für nöthig hielt [2]).

Was den zweiten Fall betrifft, so beruht die Haftung des Mandanten offenbar darauf, daß es als unbillig erschienen wäre, wenn der Mandatar von dem für den Mandanten übernommenen Geschäft einen Schaden hätte erleiden sollen. Dies ist auch der Grund, den Africanus in der L. 61. §. 5 D. de furtis (47. 2) besonders hervorhebt. Wenn er nachher noch den Gesichtspunkt der culpa hineinzieht und sich zur Motivirung der Haftung des Mandanten zugleich darauf beruft, daß demselben eine culpa zur Last falle, so ist diese Motivirung, wie ich jetzt annehme [3]), unrichtig; es verhält sich damit ähnlich, wie mit der Heranziehung des Gesichtspunktes der culpa im vorigen Fall. Was Africanus dazu veranlaßt hat, ist das Bestreben, den aufgestellten und richtig begründeten Satz noch gegen einen möglichen Einwand sicher zu stellen.

---

2) Ebenso liegt der Grnnd, weshalb der Verkäufer unbedingt für die von ihm zugesagte Qualität haftet, entschieden nicht in einer vom Recht angenommenen culpa. Wenn Ulpian in der L. 13. §. 3. D. de act. emti (19. 1) den Gesichtspunkt der culpa hineinzieht, so geschieht dies aus keinem anderen Grunde, als in der L. 1. §. 2. D. aed. ed. (21. 1). — In ganz ähnlicher Weise wird zur Rechtfertigung der Usucapion und der Klagenverjährung hervorgehoben, daß der Berechtigte sein Recht früher hätte geltend machen können, daß in der Verzögerung der Klage eine Nachlässigkeit liege, während doch der eigentliche Grund der erwähnten Institute in der Sicherung des Verkehrs liegt (bei der Usucapion, wie hier ausdrücklich gesagt wird: „ne diutius in incerto essent dominia").

3) Die Ansicht, die ich früher (in meinen Beiträgen III. S. 369 fg.) in dieser Beziehung aufgestellt habe, nehme ich hiermit zurück. Ich stimme Ihering S. 38 Anm. 36) darin bei, daß eine culpa hier nicht gefordert werden kann.

Wenn wir nun das Vorstehende ins Auge fassen, so müssen wir allerdings zugeben: die römischen Juristen hätten, vorausgesetzt, daß sie eine schlechthinnige Haftung des Verkäufers einer res extra commercium und einer nicht existirenden Erbschaft annahmen, in diesen Fällen eben so gut, wie in den eben erwähnten Fällen, von culpa sprechen können. Aber einestheils haben sie dies nicht gethan, anderntheils würde, auch wenn sie es gethan hätten, daraus noch nicht ohne weiteres folgen, daß darin der eigentliche Grund der Haftung liege. Ich kann daher Ihering nicht beistimmen, wenn er (S. 39 fg.) unter Bezugnahme auf die eben angeführten Stellen (L. 1. §. 2. D. de aed. ed. L. 61. §. 5. D. de furtis) bemerkt: es lasse sich demnach schwerlich bestreiten, daß man die Haftung des Verkäufers beim Verkauf einer res extra commercium und einer nicht existirenden Erbschaft auf eine culpa zurückführen dürfe.

Bei dieser Erörterung bin ich davon ausgegangen, daß es Ihering um einen Schluß aus der ratio legis zu thun gewesen ist und ich vermag auch nicht einzusehen, was er unter dem „Grund oder legislativen Motiv der Klage", von welchem er S. 33 spricht, anders verstehen kann, als die ratio legis. An einem anderen Orte unterscheidet er aber den juristischen Rechtfertigungsgrund der Klage von dem legislativ-politischen; und theils dadurch, theils durch die Art, wie Ihering sich über das Zurückführendürfen (nicht Zurückführenmüssen) der Haftung auf eine culpa äußert, ist es mir zweifelhaft geworden, ob ich ihn auch ganz richtig verstanden habe. Auf der anderen Seite kann ich aber nicht glauben, daß Ihering der Ansicht sein sollte, daß man jedes Moment, worauf die römischen Juristen zur Rechtfertigung einer Vorschrift sich berufen haben oder hätten berufen können, als eine genügende Grundlage für ein Generalisiren betrachten kann, zumal wenn dies Moment gar nicht den eigentlichen Grund der Vorschrift bildet.

Schließlich noch einige Worte über die Vortheile, welche sich nach Ihering an den Gesichtspunkt der culpa knüpfen. Der eine Vortheil, daß durch die Hereinziehung dieses Gesichtspunkts die Möglichkeit des Generalisirens in einem besonders weiten Umfang eröffnet wird, ist an sich gewiß sehr erheblich; aber Niemand wird behaupten wollen, daß man einen bestimmten Gesichtspunkt bloß deshalb zu wählen berechtigt ist, weil sich dann besser generalisiren läßt — ohne Rücksicht darauf, ob derselbe auch begründet ist. — Der andere Vortheil, den Ihering hervorhebt, besteht darin,

daß die Schadensersatzklage gegen den Verkäufer einer res extra commercium u. s. w. durch den Gesichtspunkt der culpa den normalen Charakter einer jeden Schadensersatzklage gewinnt, während sie ohne diesen Gesichtspunkt als eine Singularität erscheinen würde. Dieser Vortheil ist meiner Meinung nach ein sehr problematischer. Allerdings geht das römische Recht davon aus, daß die Anwendung des Entschädigungszwanges in der Regel eine Verschuldung voraussetzt. Aber eben so sehr nimmt es an, daß die Frage, ob einer bestimmten Person eine culpa zur Last fällt, nach dem Verhalten derselben im einzelnen concreten Falle zu entscheiden ist. Was kann es nun helfen, daß man die Singularität einer Schadensersatzklage ohne Verschuldung, die doch, wenn man Ihering's Ansicht annimmt, in Wirklichkeit vorliegt, durch künstliche Suppositionen beseitigt, wenn man dafür eine andere Singularität statuiren muß? Oder ist die Singularität einer culpa ohne wirkliche Schuld leichter zu ertragen, als die Singularität einer Verpflichtung zur Entschädigung ohne Verschuldung?

---

§. 4.

Die Ihering'sche Theorie. — Aussprüche der Quellen, welche auf an sich gültige Geschäfte sich beziehen. — Kaufcontract.

Wenden wir uns jetzt den Quellen zu, so leitet Ihering seine Theorie wesentlich aus einigen Stellen ab, welche sich auf nichtige Contracte beziehen. Er giebt zu, daß diese Stellen nicht unmittelbar beweisend sind, daß vielmehr nur auf einem recht weiten Wege aus diesen Stellen etwas hergeleitet werden kann. Es fragt sich, ob nicht in den Quellen Entscheidungen sich finden, welche unmittelbar zur Beantwortung der Frage, um welche es sich handelt, verwendet werden können.

Die Theorie von Ihering, derzufolge das Gebot der contractlichen diligentia auch für werdende Contractsverhältnisse gilt, muß, wenn sie anders richtig ist, nicht allein in den Fällen, wo der äußerlich abgeschlossene Contract nichtig ist, sondern ebenso sehr in den Fällen, wo ein an sich gültiger Contract abgeschlossen ist, ihre Anwendung finden.[1]

---

1) Dies versteht sich meiner Meinung nach ganz von selbst. Haftet der Verkäufer in den Fällen, in welchen der Contract nichtig ist, für levis culpa

Die Folge, welche die Verschuldung beim Contrahiren hat, muß auch in diesen Fällen in der Erstattung des durch die Verschuldung herbeigeführten Schadens bestehen; diese Erstattung kann aber je nach der Verschiedenheit der Umstände in verschiedener Weise erfolgen. Ist der abgeschlossene Contract ein Kaufcontract und der Verkäufer der Contrahent, dem die Verschuldung zur Last fällt, so wird die Klage des Käufers entweder auf Rescission des Contracts oder auf Herabsetzung des Kaufpreises sich richten; daneben kann aber in dem einen wie in dem anderen Fall noch ein fernerer Schaden in Betracht kommen.

Um die Richtigkeit der Ihering'schen Theorie zu prüfen, müssen wir diejenigen Contracte ins Auge fassen, bei welchen eine Haftung für levis culpa stattfindet und zwar ist es hier der Kaufcontract, in Ansehung dessen uns das reichhaltigste Quellenmaterial zu Gebote steht. Es sind hier namentlich zwei Fragen, auf welche eine Reihe von Entscheidungen sich bezieht, nämlich: 1) Inwiefern hat der Verkäufer für die Qualität des verkauften Gegenstandes zu haften? 2) Inwiefern haftet er dafür, daß ihm nicht das Recht an demselben fehlt?

1. Haftung für die Qualität der verkauften Sache.

Von einer solchen Haftung des Verkäufers kann selbstverständlich nur die Rede sein, wenn der Käufer sich in einem Irrthum über die Beschaffenheit des Kaufobjects befunden hat. Der Irrthum des Käufers kann aber darin bestehen, daß er der gekauften Sache gewisse gute Eigenschaften zugeschrieben hat, welche dieselbe nicht besitzt, oder darin, daß er von Mängeln, welche der Sache anhaften, keine Kunde gehabt hat.

Was den ersten Fall betrifft, so läßt sich eine Haftung des Verkäufers wegen levis culpa, wie sie nach der Ihering'schen Theorie angenommen werden müßte, schwer mit dem Grundsatz vereinigen, daß das allgemeine Anpreisen der Sache von Seiten des Verkäufers keine Verpflichtung erzeugt.[1]) Denn das läßt sich

---

beim Contrahiren, so muß er consequenterweise dies doch auch thun in den Fällen, wo der Contract gültig ist. Wie sich damit das vereinigt, was Ihering S. 19. Anm. 21 über die actio emti sagt, ist mir unverständlich.

1) L. 37. D. de dolo (4. 3.) L. 19 pr. D. de aed. ed. (21. 1). — Aus L. 43. pr. D. de contrah. emt. (18. 1) darf man nicht schließen, daß

doch nicht leugnen, daß durch ein solches Anpreisen gar wohl unter Umständen falsche Vorstellungen über die Beschaffenheit der Sache im Käufer erzeugt werden können. Ueberdies wird auch in der L. 37. D. de dolo (4. 3) anerkannt, daß der Verkäufer nur im Fall eines dolus haftet [2]).

Der zweite Fall, den wir ins Auge zu fassen haben, ist der, wo die verkaufte Sache Fehler hat, von welchen der Käufer keine Kunde hatte. Auf diesen Fall beziehen sich zahlreiche Entscheidungen in den Quellen.

Daß das ältere römische Recht in dieser Beziehung keine allgemeine Haftung des Verkäufers für levis culpa annahm, daß es vielmehr, abgesehen von dem Fall einer Vereinbarung über die Qualität, den Verkäufer nur im Fall des dolus für die Mängel der verkauften Sache haften ließ, läßt sich nicht wohl bezweifeln. Es würde sich sonst schwer erklären lassen, wie die Aedilen zur Aufstellung ihres Edicts gekommen wären; auch vermag ich das, was Ulpian in der L. 1. §. 2. D. de aed. ed. (21. 1) zur Motivirung des ädilitischen Edicts bemerkt, nur von dieser Supposition aus zu verstehen.

Die Aedilen trafen, da der Verkehr durch das bisherige Recht nicht genügend gesichert war, neue Bestimmungen; sie gingen aber nicht so weit, ein neues allgemeines Princip über die Haftung beim Contrahiren aufzustellen. Ihre Bestimmungen beschränkten sich vielmehr auf den Verkauf fehlerhafter Sclaven und Thiere; hier aber beschränkten sie sich nicht darauf, dem Verkäufer eine Haftung auch für levis culpa aufzulegen. Sie erklärten vielmehr den Verkäufer für schlechthin verpflichtet, dem Käufer gewisse Mängel des Kaufobjects anzuzeigen; wenn er dies unterläßt, sei es auch ohne alles Verschulden, so kann der Käufer je nach seiner Wahl

---

das Anpreisen nur dann nicht verbindlich sei, wenn es sich auf in die Augen tretende Eigenschaften bezieht („si palam appareant"). Für diesen Fall versteht es sich allerdings von selbst; daß es aber nicht dafür allein gilt, ergiebt die L. 19. pr. D. de aed. ed.

2) Die Schlußworte der L. 37. D. de dolo darf man nicht so verstehen, als ob die von dem Käufer anzustellende Klage die actio doli und nicht die actio emti wäre. Der Jurist will ohne Zweifel durch diese Worte nur den Fall bezeichnen, für welchen allein eine Klage des Käufers zulässig ist, nicht aber die Klage, welche in diesem Fall von dem Käufer anzustellen ist. — Eine ähnliche Ausdrucksweise findet sich in L. 21 pr. i. f. D. de evict. (21. 2).

die actio redhibitoria oder die actio quanto minoris anstellen, Klagen, die ihn allerdings nicht unter allen Umständen völlig zu sichern im Stande sind. Die Bestimmungen des ädilitischen Edicts haben einen durchaus positiven Charakter und können, wenn das Edict auch später über seinen ursprünglichen Wortinhalt hinaus ausgedehnt worden ist, doch nicht dazu benutzt werden, um ein allgemeines Princip für die Haftung der Contrahenten beim Contrahiren zu begründen.[3]) Soweit das ädilitische Edict nicht Anwendung findet, wird ausdrücklich in den Quellen nur eine Haftung wegen dolus angenommen.

Insonderheit kommt hier die Haftung für die nicht edictmäßigen Fehler in Betracht. Diese Fehler können von der allergrößten Erheblichkeit sein. Ich brauche nur daran zu erinnern, daß das Edict der Aedilen sich nicht auf die animi vitia der Sclaven bezog, welche doch die Brauchbarkeit derselben aufs Aeußerste beeinträchtigen konnten. Dessenungeachtet konnte der Käufer, der hier auf das regelmäßige Rechtsmittel, die actio emti beschränkt war, wie aus L. 1. §. 9. — L. 4. §. 4. D. de aed. ed. (21. 1) hervorgeht, nur dann klagen:

> „si quid sit animi vitium tale, ut id a venditore excipi oporteret,[4]) neque id venditor, cum sciret, pronuntiasset,“

oder, wie es am Schlusse der ganzen ausführlichen Erörterung heißt:

> „si sciens id vitium animi reticuit.“

Hiermit stimmen auch noch andere Entscheidungen der Quellen überein. So wird in L. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2) bemerkt, daß der Verkäufer eines diebischen Sclaven nur dann haftet, wenn er doloser Weise diese Eigenschaft des Sclaven verschwiegen hat, und damit stimmt auch die L. 13. §. 1. D. de act. emti (19. 1)

---

3) Vgl. L. 63. D. de aed. ed. (21. 1), eine Stelle, welche einestheils die spätere Ausdehnung der Bestimmungen des Edicts, anderntheils den positiven Charakter der Edictsbestimmungen bekundet, aus welchem ein Erklärungsgrund dafür hergenommen wird, daß dieselben bei den locationes nicht zur Anwendung kommen. Der durchaus positive Charakter der Edictsbestimmungen zeigt sich namentlich in der Einführung besonderer Klagen mit einer besonders kurzen Verjährungszeit.

4) Die Worte: „ut id a venditore excipi oporteret“ finden ihre Erklärung in L. 1. §. 9 cit., wo indirect anerkannt wird, daß man das wissentliche Verschweigen eines unerheblichen Fehlers nicht ohne Weiteres als dolus ansehen kann.

überein, indem sie den Verkäufer eines diebischen Sclaven von der Haftung freispricht, wenn er von der gedachten Eigenschaft des Sclaven nichts gewußt hat. — In gleicher Weise wird in L. 15. D. de periculo (18. 6) der Fall entschieden, wo Wein verkauft ist, der zur Zeit der Abschließung des Contracts noch gut war, später aber in Folge ungenügender Haltbarkeit verdorben ist. Der Verkäufer haftet hier nur, wenn er die mangelnde Haltbarkeit des Weines betrüglich verschwiegen hat.[5])

Gegen diese, jeden Zweifel ausschließenden Entscheidungen kann man sich weder auf L. 6. §. 4. D. de act. emti (19. 1), noch auf L. 21. §. 2. D. eod. berufen.[6])

Insofern es sich um nicht edictmäßige Fehler handelt, lassen die Römer den Verkäufer regelmäßig nur wegen dolus haften, wie Solches aus den Quellenzeugnissen klar hervorgeht. Bei den edictmäßigen Fehlern tritt wegen der positiven Bestimmungen des Edicts eine Haftung des Verkäufers auch dann ein, wenn er keine Kunde von dem Fehler gehabt hat, ja selbst dann, wenn ihm auch nicht einmal eine levis culpa zur Last gelegt werden kann. Diese Haftung geht aber nicht so weit, daß der Verkäufer schlechthin das negative Interesse zu leisten verpflichtet wäre. Der Käufer kann, wenn er die actio quanto minoris wählt, nur auf eine verhältnißmäßige Herabsetzung des Kaufpreises, nicht aber zugleich auf das negative Interesse klagen, selbst wenn er in Folge seines Irrthums über den Fehler außer dem Schaden, daß er die Sache zu theuer gekauft hat, noch einen anderweitigen Schaden erlitten haben sollte. Wenn er die actio redhibitoria wählt, kann der

---

5) Die oben citirten Stellen sind solche, in welchen es sich um sehr erhebliche Fehler des verkauften Gegenstandes handelt. Wenn selbst hier der Verkäufer nur für dolus haftet, so muß dies noch mehr bei minder erheblichen Fehlern gelten. Sofern es sich, wie in den Fällen der L. 11. §. 5. D. de act. emti (19. 1) und der L. 38. §. 7. D. de aed. ed. (21. 1) nur um Eigenschaften handelt, auf deren Nichtvorhandensein unter Umständen ein Käufer Gewicht legen kann, die aber an sich die Sache noch nicht zu einer fehlerhaften machen, kann selbstverständlich von einer über den dolus hinausgehenden Haftung des Verkäufers nicht die Rede sein. Die eben citirten Stellen lassen sich deshalb auch nicht als Beweisstellen benutzen.

6) Daß die erste Stelle nicht zum Generalisiren benutzt werden kann, ergiebt sich aus der L. 19. §. 1. D. locati (19. 2), einer Stelle, auf welche ich im §. 5 näher werde eingehen müssen. — In Betreff der zweiten Stelle vgl. unten §. 6. Anm. 1.

Käufer zwar zugleich das negative Interesse in Anspruch nehmen; jedoch treten hier Beschränkungen ein, die unter Umständen sehr erheblich werden können.[7]) Anders verhält es sich, wie wir aus L. 13. pr. §. 1. D. de act. emti (19. 1) ersehen, wenn der Verkäufer sich eines dolus schuldig gemacht hat („si sciens reticuit et emtorem decepit"), indem er dann schlechthin und ohne Beschränkung das Interesse („omnia detrimenta, quae ex ea emtione emtor traxerit") zu leisten verpflichtet ist. Wäre die Theorie von Ihering richtig, so müßte dasselbe auch dann gelten, wenn dem Verkäufer nur eine levis culpa zur Last gelegt werden kann.

2. Haftung wegen fehlenden Rechts am Kaufobject.

Die Gültigkeit des Kaufcontracts ist nicht dadurch bedingt, daß dem Verkäufer die verkaufte Sache gehört. Der Käufer kann, wenn der Verkäufer wegen mangelnden Eigenthums die Sache nicht tradiren kann oder wenn die Sache nachher evincirt ist, immer das Erfüllungsinteresse in Anspruch nehmen.[8]) Dieser Anspruch ist

---

7) Vgl. meine Beiträge Abth. II. S. 34 fg.

8) Anders verhält sich dies natürlich, wenn Jemand eine bestimmte Sache unter der Bedingung verkauft, daß sie ihm gehört. Wenn es sich hier ausweist, daß die Sache dem Verkäufer nicht gehörte, so ist der Kaufcontract nicht zu Stande gekommen. Der Käufer kann daher in diesem Fall nie auf das Erfüllungsinteresse, sondern immer nur auf das negative Interesse klagen und auch dieses nur dann, wenn der Verkäufer gewußt hat, daß die Sache ihm nicht gehöre. Hier kann von einer über den dolus hinausgehenden Haftung schlechterdings nicht die Rede sein. Denn durch die Stellung der Bedingung wird es ausdrücklich als ungewiß hingestellt, ob dem Verkäufer die Sache gehört; es liegt darin die stillschweigende Erklärung, daß der Verkäufer nicht dafür haften will, daß ihm das Eigenthum an der Sache zusteht — eine Erklärung, auf welche auch der Käufer eingegangen ist, indem er sich dazu verstanden hat, den Contract unter der fraglichen Bedingung abzuschließen. Wo aber eine solche Erklärung vom Verkäufer abgegeben und vom Käufer acceptirt ist, haftet der Verkäufer nur für dolus. Vgl. L. 6. §. 9. L. 11. §. 18. i. f. D. de act. emti (19. 1). — Wenn man nun mit Ihering (a. a. O. S. 68 fg.) in dem Fall, wenn Jemand „sein Reitpferd", „sein Haus" u. s. w. verkauft, dies als eine Bedingung aufzufassen hätte, so würde man zu einem ganz andern Resultat, als Ihering, gelangen, der in diesem Fall den Verkäufer, auch wenn er nicht wußte, daß ihm das Eigenthum fehle, immer wegen culpa in contrahendo auf das negative Interesse haften läßt. Meiner Ansicht nach ist aber die ganze Art und Weise, wie Ihering diesen Fall auffaßt, unrichtig. Wenn ich „mein Haus", „mein Reitpferd" verkaufe, so liegt in dem hinzugefügten Worte: „mein" regelmäßig gar keine Bedingung, sondern das gedachte Wort soll im Zweifel nur

weder durch einen dolus, noch durch eine culpa des Verkäufers bedingt. Dennoch ist auch hier der dolus von eigenthümlichen und sehr bedeutsamen Folgen begleitet.

Im Allgemeinen kann der Käufer, selbst wenn er erfährt, daß die von ihm gekaufte Sache dem Verkäufer nicht gehörte, erst nach erfolgter Eviction klagen und ferner kann er im Allgemeinen, wenn die Sache evincirt ist, nur auf das Erfüllungsinteresse klagen. Beides ändert sich, wenn der Verkäufer doloser Weise eine fremde Sache verkauft hat. Der Käufer braucht alsdann die Eviction nicht abzuwarten; er kann sogleich die actio emti gegen den Verkäufer anstellen und zwar hat er die Wahl, ob er mit der actio emti auf das Erfüllungsinteresse oder auf die Rescission des Contracts und das negative Interesse klagen will.[9])

Wenn das römische Recht in der Weise, wie Ihering dies behauptet, eine allgemeine Haftung für culpa in contrahendo angenommen hätte, so hätte es eine Klage auf das negative Interesse nicht nur gegen den dolosen, sondern auch gegen den culposen Verkäufer einer fremden Sache zulassen müssen. Man kann gewiß mit gutem Grunde es als Regel ansehen, daß der Käufer den Contract nicht abgeschlossen haben würde, wenn er gewußt hätte, daß die Sache dem Verkäufer nicht gehöre. Dies gilt aber selbstverständlich nicht bloß dann, wenn der Käufer durch einen dolus des Verkäufers über die Eigenthumsverhältnisse getäuscht ist, sondern eben so sehr auch dann, wenn die Täuschung auf einem anderen Grunde beruht. Auch kann man nicht sagen, daß der Käufer einer fremden Sache durch den ihm zustehenden Anspruch auf das Erfüllungsinteresse schon vollständig geschützt sei. Es können Fälle vorkommen, wo dieser Anspruch dem Käufer gar keinen oder doch keinen vollständigen Schutz gewährt. So wenn die gekaufte Sache vor der Evic-

---

dazu dienen, die bestimmte Sache, an welche die Contrahenten denken, näher zu bezeichnen (pro demonstratione accipiendum est, non conditionem facit). So auch Bähr, Jahrbuch XIV. S. 411. Wenn es sich nachher ergiebt, daß die Bezeichnung: „mein" falsch war, so kann dies in den Verpflichtungen des Verkäufers Nichts ändern. Diese Auffassung entspricht allein dem muthmaßlichen Willen der Contrahenten. Vgl. auch L. 85. D. de legatis 3 (32).

9) Vgl. L. 30. §. 1. D. de act. emti (19. 1) L. 21. pr. D. de evict. (21. 2). Die erste Stelle spricht freilich nur von einer Klage auf das Erfüllungsinteresse; daß der Käufer aber gegen den dolosen Verkäufer auch auf Rescission des Contracts klagen kann, geht aus der zweiten Stelle hervor.

tion untergegangen ist oder wenn sie inzwischen an Werth verloren hat. Im ersten Fall kann nämlich von einer Klage auf das Erfüllungsinteresse nicht die Rede sein, da der Käufer die Sache, auch wenn sie dem Verkäufer gehört hätte, nicht behalten haben würde. In dem zweiten Fall kann der Käufer freilich mit der actio emti auf das Interesse klagen, welches er daran gehabt hätte, die Sache als eine ihm gehörige behalten zu können; die Werthsverminderung der Sache, welche inzwischen eingetreten ist, hat aber die Folge, daß das Erfüllungsinteresse geringer ausfällt, möglicherweise selbst die Höhe des Kaufpreises nicht erreicht.[10])

So ist es also für den Käufer von großer Bedeutung, ja für manche Fälle zu seiner Sicherstellung unentbehrlich, die Klage auf Rescission des Contracts und das negative Interesse zu haben. Dessenungeachtet steht ihm diese Klage nur dann zu, wenn der Verkäufer sich eines dolus schuldig gemacht hat. In den Quellen wird nämlich ausdrücklich die Regel aufgestellt, daß der Verkäufer einer fremden Sache nicht verklagt werden kann, wenn die Sache vor der Eviction untergegangen ist, und nur für den Fall eines dolus wird eine Ausnahme von dieser Regel gemacht.[11])

Außerdem finden sich in den Quellen verschiedene Entscheidungen, welche sich auf den Verkauf eines mit Realservituten ꝛc. belasteten Grundstücks beziehen. Nach diesen Entscheidungen kann der Verkäufer, sofern er nicht versprochen hat, das Grundstück frei von Servituten, bezw. sonstigen Lasten zu liefern, nur im Fall des

10) Im Obigen ist auf die, in Rom übliche stipulatio duplae keine Rücksicht genommen. Dieselbe diente in vielen Fällen dazu, die Lage des Käufers erheblich zu verbessern, so namentlich auch in dem Fall, wo die Sache evincirt war, inzwischen aber an Werth verloren hatte; dagegen gewährte die stipulatio duplae dem Käufer keinen Nutzen, wenn die Sache vor der Eviction untergegangen war. L. 21. pr. D. de evict. (21. 2).

11) Vgl. L. 21. pr. §. 1. D. de evict. (21. 2). L. 26. C. de evict. (8. 45). In der letzten Stelle wird allgemein gesagt, daß der Verkäufer eines fremden Sclaven nach dessen Tode nicht von dem Käufer in Anspruch genommen werden kann. In der ersten Stelle wird ausdrücklich nur gesagt, daß die Klage aus der stipulatio duplae ausgeschlossen sei. Daß der Jurist aber gleichermaßen in der Regel auch die actio emti für ausgeschlossen gehalten hat, geht aus den Schlußworten der L. 21. pr. cit.: „de dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit“ hervor. Die erwähnten Worte können sich nämlich nicht auf eine ausnahmsweise Zulassung der actio ex stipulatu beziehen, die auch im Fall des dolus ausgeschlossen war, sondern nur auf die ausnahmsweise Zulassung der actio emti.

dolus, d. h. im Fall einer wissentlichen Verheimlichung der auf dem Grundstück ruhenden Last in Anspruch genommen werden[12]).

Im Bisherigen ist nur von der Verpflichtung des Verkäufers bei Abschließung des Contracts die Rede gewesen. An sich kann eben so gut, wie der Käufer, auch der Verkäufer dadurch, daß er sich beim Abschluß des Contracts in einem Irrthum befunden hat, einen Schaden erleiden, so namentlich wenn er sich über die Beschaffenheit des verkauften Gegenstandes getäuscht und in Folge davon denselben für minder werthvoll gehalten hat, als er ist. Wie aber in diesem Fall die Entscheidung ausfallen muß, kann nicht zweifelhaft sein und ich möchte glauben, daß auch Ihering trotz der von ihm aufgestellten allgemeinen Regel eine Haftung des Käufers für levis culpa nicht annehmen wird. Man kann unmöglich dem Käufer zumuthen, daß er sich darum bekümmern soll, ob der Verkäufer die richtige Ansicht über den Werth des Gegenstandes hat; vielmehr ist es Sache des Letzteren, vor Abschließung des Contracts sich davon zu überzeugen, wie werthvoll der Gegenstand ist, den er verkaufen will, und danach seine Forderung zu stellen. Aus diesem Grunde kann man eine Klage des Verkäufers nur zulassen, wenn er durch einen dolus des Käufers über den Werth des Gegenstandes getäuscht ist, und dies wird auch durch die Entscheidungen der Quellen bestätigt[13]).

---

§. 5.

Die Ihering'sche Theorie. — Aussprüche der Quellen, welche auf an sich gültige Geschäfte sich beziehen. — Miethcontract. Pfandcontract.

Aus den im vorigen §. angeführten Stellen geht hervor, daß die Römer den Verkäufer und den Käufer in den Fällen, in welchen

---

12) L. 1. §. 1. D. de act. emti (19. 1). L. 21. §. 1. D. eod.: „Si praedii venditor non dicat de tributo sciens, tenetur ex emto; quod si ignorans non praedixerit, quod forte hereditarium praedium erat, non tenetur". Ebenso wird es anerkannt, daß der Verkäufer, der eine dem verkauften Grundstück zustehende Servitut nicht angegeben hat, nur dann haftet, wenn er dieselbe doloser Weise verheimlicht hat und in Folge davon ein Schaden entstanden ist. L. 66. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1). In diesem letzten Fall wird es gewiß Niemandem in den Sinn kommen, eine Haftung wegen levis culpa anzunehmen.

13) L. 8. C. de rescind. vend. (4. 44). L. 9. pr. D. de dolo (4. 3).

der abgeschlossene Contract gültig war, im Allgemeinen nur für dolus in contrahendo haften ließen.

Was die übrigen onerosen Verträge betrifft, so sind es wesentlich nur der Miethvertrag und der Pfandcontract, in Ansehung deren sich Entscheidungen in den Quellen finden, die für unsere Frage in Betracht kommen [1]). Das Quellenmaterial, welches uns

---

L. 13. §. 5. D. de act. emti (19. 1). L. 4. C. de hered. vel act. vend. (4. 39).

1) Der Pfandcontract gehört in Ansehung der hier zu erörternden Frage in dieselbe Kategorie, wie der Kaufcontract und der Miethcontract, „quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur.“ § 4. J. quibus modis re (3. 14). — Den Vergleich habe ich im Text nicht angeführt. Zwar wird in den Quellen anerkannt, daß derselbe im Allgemeinen nur wegen dolus angefochten werden kann. Vgl. L. 65. §. 1. D. de cond. indeb. (12. 6). L. L. 10. 19. C. de transact. (2. 4.) L. 5. C. de dolo malo (2. 21). Die eigenthümliche Natur des Vergleichs macht es aber bedenklich, hieraus weiter gehende Schlüsse zu ziehen. Umgekehrt versteht es sich von selbst, daß man von der andern Seite kein Gewicht darauf legen kann, daß der Vergleich unter Umständen wegen bloßen Irrthums angefochten werden kann, wie namentlich, wenn er auf Grund falscher, aber für ächt gehaltener Urkunden abgeschlossen ist. L. 42. C. de transact. (2. 4). Denn in dem letzteren Falle kann sicherlich das negative Interesse nicht verlangt werden. — Ebenso ist im Text der Theilungsvertrag nicht erwähnt; doch mögen hier einige Bemerkungen über denselben folgen.

Wegen der L. 3. C. communia utriusque (3. 38) wird von Manchen angenommen, daß der Theilungsvertrag wegen jeder erheblicheren Verletzung, auch wenn kein dolus des Mitcontrahenten vorliegt, angefochten werden kann. Wenn die L. 3. C. cit. aber auch wirklich eine solche Entscheidung enthielte, so würde doch daraus ein Argument für die Ihering'sche Ansicht nicht entnommen werden können, eben so wenig, wie aus den Grundsätzen über die Anfechtung des Kaufcontrakts wegen s. g. laesio enormis. Ein Argument für die erwähnte Ansicht würde die Entscheidung nur dann bieten, wenn dem durch den Theilungsvertrag materiell Verletzten nicht nur im Fall des dolus, sondern auch im Fall der culpa des Mitcontrahenten ein Anspruch auf das negative Interesse gewährt würde. Davon enthält die L. 3. C. cit. aber Nichts. Ueberdies halte ich die eben angeführte, auf die L. 3. sich stützende Ansicht für unbegründet. — Das Rescript der Kaiser Diocletian und Maximinian, welchem die L. 3. cit. entnommen ist, findet sich vollständiger in der Consultatio cap. 2, wo es heißt: An divisio, quam jam factam esse proponis, convelli debeat, rector provinciae praesente parte diversa diligenter examinabit; et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam majoribus in perperam factis divisionibus soleat subveniri, quod improbum atque inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabit“. Diesem Text zufolge spricht das Rescript nur von einer Anfechtung wegen dolus und dient geradezu zur

hier zu Gebote steht, ist nicht so reichhaltig, wie beim Kaufcontract; doch dient es dazu, das dort gewonnene Resultat zu unterstützen.

1. Miethcontract.

Auf die Haftung des Miethers bezieht sich die L. 23. D. locati (19. 2), derzufolge der Miethcontract „praetextu minoris pensionis" nicht rescindirt werden kann, „si nullus dolus adversarii probari possit".

Was die Haftung des Vermiethers betrifft, so finden sich in den Quellen mehrere Entscheidungen, welche auf die Haftung wegen Fehlerhaftigkeit der vermietheten Sache sich beziehen.

Daß der Miether wegen eines Mangels, der den Gebrauch hindert oder wesentlich beeinträchtigt, vom Vertrage zurücktreten

---

Unterstützung der Ansicht, daß die Contrahenten bei Abschließung des Vertrags nur für dolus haften. — In dem Justinianischen Codex ist das Rescript als L. 3. C. communia utriusque (3. 38) in folgender Gestalt aufgenommen: „Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei judiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur". Es ist also der erste Theil des Rescripts gestrichen und nur der Schluß beibehalten; dies konnte aber nicht geschehen, ohne daß eine Veränderung des Textes vorgenommen wurde. Abgesehen von den erforderlichen Redactionsänderungen war es, wenn man den Sinn nicht ändern wollte, nöthig, bei den Worten: „perperam factis divisionibus" eine Einschaltung zu machen. Dies ist nun auch geschehen, aber freilich in einer sehr ungeschickten Weise. Denn, wenn man sich an den Buchstaben der Stelle hält, wie sie in der Redaction der Compilatoren uns vorliegt, so geht ihr Sinn dahin, daß die Theilung angefochten werden kann, wenn sie durch dolus oder fraus oder unrichtig gemacht ist; der Sinn ist also im Wesentlichen derselbe, wie wenn die Einschaltung nicht erfolgt wäre. Meiner Meinung nach ist es aber unzweifelhaft, daß die Compilatoren hier nur ungeschickt interpolirt, daß sie den Sinn des Rescripts nicht haben ändern wollen, daß man also auf das Wort „vel" vor perperam kein Gewicht legen kann. Daß die Compilatoren nämlich kein besonderes Recht für den Theilungsvertrag haben einführen wollen, geht klar hervor aus der in den Schlußsatz aufgenommenen Hinweisung auf das für die übrigen bonae fidei judicia geltende gleiche Recht. Dem entspricht auch der Umstand, daß der Theilungsvertrag in den Quellen nicht als ein besonderes Geschäft aufgefaßt wird. Vgl. L. 1. C. communia utriusque (3. 38). — Ueberdies würde man, wenn man auf das „vel" vor perperam Gewicht legen müßte, eine Anfechtung des Theilungsvertrages nicht bloß wegen jeder erheblicheren Verletzung, sondern ganz allgemein wegen einer jeden Unrichtigkeit zulassen müssen — was von Niemandem angenommen wird und was auch die Compilatoren nicht haben annehmen können.

kann, kommt hier nicht in Betracht. Es fragt sich, unter welchen Voraussetzungen der Vermiether wegen eines Mangels, den die Sache bei Abschließung des Miethcontracts hatte, zur Entschädigung verpflichtet ist. Da das ädilitische Edict auf den Miethcontract nicht ausgedehnt ist, so bestimmt sich die Entscheidung nach den allgemeinen Regeln.

Von den Stellen, welche eine Entscheidung der aufgeworfenen Frage enthalten, behandeln zwei den Fall, wo der vermiethete Sclave den Miether bestohlen hat. Hier war selbstverständlich immer eine Noralklage gegen den Vermiether zulässig. Es fragt sich aber, ob der Vermiether nicht unbedingt auf Schadensersatz haftet. In dieser Beziehung wirft Paulus in der L. 45. §. 1. D. locati (19. 2) die Frage auf, ob es nicht der bona fides widerspreche, daß der Miether durch die gemiethete Sache einen Schaden erleide; er entscheidet sich aber dafür: „extra causam conductionis esse furti crimen et in propriam persecutionem cadere hoc delictum“ [2]). Paulus nimmt also keine andere Verpflichtung des Vermiethers zur Entschädigung an, als die abgesehen von dem Miethcontract bestehende. Damit stimmt auch die zweite Stelle, die L. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2) überein, indem nach dieser Stelle eine Klage auf das Interesse unter Ausschießung der noxae datio nur dann zugelassen wird, wenn der Vermiether dolose verschwiegen hat, daß der Sclave ein Dieb sei. Daß eine bloße culpa des Vermiethers nicht genügt, wird in der Stelle so bestimmt ausgesprochen, daß darüber kein Zweifel obwalten kann.

Außerdem findet sich in den Quellen noch eine sehr wichtige Stelle, die L. 19. §. 1. D. locati (19. 2):

„Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum

---

2) Dernburg, Pfandrecht I. S. 165 folgert aus dieser Stelle, daß der Miether den fraglichen Anspruch überhaupt nicht mit der actio conducti geltend machen könne. Man sieht aber nicht ein, weshalb die Römer in diesem Fall die actio conducti ausgeschlossen haben sollten, während sie die anderen Klagen aus bonae fidei Contracten auch in einem solchen Fall zuließen. Dies ist um so weniger anzunehmen, als die actio conducti sonst in gleicher Ausdehnung, wie die anderen Klagen, zugelassen wurde. Vgl. L. 2. D. de cond. sine causa (12. 7). Meiner Meinung nach ist es Paulus hier nur um Festsetzung des materiellen Rechts zu thun gewesen. — Anders verhält es sich in dem Fall der L. 45. pr. D. locati, wo der Miether eines Hauses von den Sklaven des Vermiethers bestohlen ist. Hier steht der Anspruch des Miethers in keinem Zusammenhang mit der Abschließung des Miethcontracts.

effluxerit, tenebitur in id, quod interest; nec ignorantia ejus erit excusata; et ita Cassius scripsit; aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur; hic enim, si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest, praestabitur, si scisti; si ignorasti, pensionem non petes; et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit". (Ulpianus.)

Der Vermiether kann nach den allgemeinen Regeln, welche in Ansehung des Miethcontracts gelten, das Miethgeld nur dann in Anspruch nehmen, wenn die Benutzung der vermietheten Sache wirklich prästirt ist. Wenn also durch die Fehlerhaftigkeit der Sache diejenige Benutzung, welche dem Miether prästirt werden sollte, ausgeschlossen ist, so fällt der Anspruch auf das Miethgeld immer hinweg. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob der Vermiether bei Abschließung des Contracts mit der Fehlerhaftigkeit der Sache bekannt war oder nicht. Wie aber steht es nach der abgedruckten Stelle mit der Verpflichtung des Vermiethers zum Schadensersatz?

Ihering (S. 39) benutzt den ersten Theil der Stelle für seine Ansicht von der Haftung für culpa in contrahendo; dagegen übergeht er die Entscheidung des zweiten Beispiels in der L. 19. §. 1. cit., welche eine Haftung auf das Interesse nur im Fall des dolus anerkennt, ganz mit Stillschweigen.

Wir müssen uns darüber entscheiden, ob die für das erste Beispiel ausgesprochene unbedingte Haftung oder die für das zweite Beispiel ausgesprochene Beschränkung der Haftung auf den Fall des dolus als Regel anzusehen ist. Ich trage kein Bedenken, mich für das Letztere zu entscheiden. In dieser Beziehung ist es nicht unwichtig, unsere Stelle mit der L. 6. §. 4. D. de act. emti (19. 1) zu vergleichen.

Pomponius spricht in der L. 6. §. 4 von dem Verkauf zur Aufbewahrung von Flüssigkeiten bestimmter Gefäße, welche sich als schadhaft erwiesen haben. Nachdem er die Ansicht hingestellt hat, daß der Verkäufer das Interesse nur dann zu prästiren habe, wenn er die Integrität ausdrücklich versprochen oder eines dolus sich schuldig gemacht habe, fügt er hinzu, daß Labeo anderer Meinung sei, indem nach ihm die Integrität immer prästirt werden müsse, falls nur nicht das Gegentheil ausbedungen sei. Pomponius billigt die letztere Ansicht, indem er sich darauf beruft, daß Sabinus dasselbe für dolia locata anerkannt habe. Pomponius beruft sich

also zur Rechtfertigung der von ihm gebilligten Ansicht nicht auf die allgemeinen Grundsätze über den Kaufcontract, nicht darauf, daß bei anderen Kaufgegenständen ein Gleiches gelte, sondern er beruft sich nur darauf, daß Sabinus bei der Vermiethung schadhafter Fässer für eine gleiche Entscheidung sich ausgesprochen habe. Dies ist schon nicht ohne Bedeutung. Wenn es sich nicht um eine singuläre Bestimmung in Betreff des Verkehrs mit dolia und ähnlichen Gefäßen gehandelt hätte, würde die Bezugnahme auf die allgemeinen Grundsätze über den Kaufcontract weit näher gelegen haben [3]). Dazu kommt noch:

1) daß in einer Reihe von Stellen die actio emti wegen Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache, abgesehen von dem Fall einer Vereinbarung über die Qualität und abgesehen von den Fällen, wo sie die ädilitischen Klagen vertritt, nur dann zugelassen wird, wenn der Verkäufer wissentlich den Fehler verschwiegen hat,

2) daß eben so die übrigen Entscheidungen, welche vom Miethcontract handeln, eine Verpflichtung des Vermiethers zur Leistung des Interesses nur für den Fall des dolus in contrahendo anerkennen und daß namentlich auch in der L. 19. §. 1. D. cit. noch ein anderer Fall erörtert wird, aus dessen Entscheidung klar hervorgeht, daß wir die auf dolia locata sich beziehende Entscheidung nicht als eine für alle Fälle geltende betrachten dürfen [4]).

---

3) Meiner Meinung nach kann man noch weiter gehen. Es ist in der That nicht wohl einzusehen, wie Pomponius dazu gekommen sein sollte, im ersten Theil der Stelle die Haftung als auf die Fälle der geschlossenen Vereinbarung und des dolus sich beschränkend hinzustellen, wenn dies nicht eben die aus den allgemeinen Rechtsprincipien sich ergebende Haftung wäre.

4) Jhering a. a. O. S. 39 Anm. 39 scheint anzunehmen, daß die L. 13. §. 6. D. locati (19. 2) eine Entscheidung enthält, die auf denselben Grundsätzen beruht, wie die Entscheidung über die dolia locata. Es handelt sich aber in der L. 13. §. 6 nicht um eine culpa in contrahendo, sondern allein darum, ob eine nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung als verschuldet oder unverschuldet zu betrachten sei. Ferner ist der in L. 13. §. 6 entschiedene Fall nicht, wie Jhering annimmt, der, daß der fullo die ihm zur Bearbeitung übergebenen Kleider an eine Person abgegeben hat, die dem Ueberbringer zum Verwechseln ähnlich sah, sondern die Entscheidung bezieht sich auf einen Fall, wo der fullo, welcher von mehreren Personen Kleider zur Bearbeitung erhalten, die dem Einen gehörigen Kleider einem Anderen gegeben hat und in Folge dieser Verwechslung dem Ersteren seine Kleider nicht zurückgeben kann. Daß hier, wo es sich um Erfüllung des Contracts handelt, eine Haftung für culpa eintritt, versteht sich von selbst; und ferner wird man in dem erwähnten Fall im Allgemeinen eine culpa

Wie die Entscheidung in Ansehung der dolia locata sich erklärt, darüber kann man verschiedener Ansicht sein[5]), soviel steht aber meiner Meinung nach fest, daß die Entscheidung nicht geeignet ist, eine allgemeine Regel aus derselben zu abstrahiren[6]).

2. Pfandcontract.

Da der Pfandcontract ein Realcontract ist, so kann derselbe eigentlich auch nur insoweit gelten, als wirklich etwas hingegeben ist. Wenn dies strenge festgehalten wäre, so hätte der Pfandgläubiger mit der actio pigneratitia contraria niemals verlangen können, daß ihm statt der einmal hingegebenen Sache, falls diese nicht geeignet ist, ihm eine Sicherheit zu gewähren, eine andere Sache übergeben werde, welche diesen Zweck besser zu erfüllen im Stande ist. Dennoch haben die Römer die actio pigneratitia contraria in den Fällen, in welchen der Schuldner eine fremde oder eine anderweitig bereits verpfändete Sache als Faustpfand hingegeben hat, auch zu dem letzteren Zwecke gegeben[7]). Dies läßt sich wohl nur auf folgende Weise erklären.

Die Hingabe einer Sache zum Faustpfand hat den Zweck, dem Gläubiger eine Sicherheit für seine Befriedigung zu gewähren. Es ist demnach bei der Hingabe nicht die Meinung, daß dem Pfandgläubiger bloß für den Fall, daß der Pfandgeber Eigenthümer ist, die zu seiner Sicherstellung nöthigen Rechte an der Sache eingeräumt werden sollen, sondern daß dieselben schlechthin ihm eingeräumt werden sollen. In dem ganzen Hergang liegt also für den Pfandgeber zugleich die Verpflichtung begründet, dafür einzustehen, daß der Pfandgläubiger die Rechte an der Sache erlange, welche nöthig sind, damit die Hingabe derselben ihren Zweck erreichen

---

des fullo anzunehmen haben. Denn mit vollem Fug kann man verlangen, daß der fullo die ihm übergebenen Kleider so bezeichne, daß eine Verwechslung nicht eintreten kann.

5) Die Erklärung in meinen Beiträgen I. S. 210 halte ich jetzt für unbefriedigend. Eher möchte ich glauben, daß wir es hier mit einer Usance zu thun haben, wie sich deren auch bei uns im Verkehr viele finden.

6) Dies ist auch von dem Oberappellationsgericht in Lübeck anerkannt worden. Seuffert, Archiv VII. 31. Vgl. auch XVI. 214.

7) L. 9. pr. L. 16. §. 1. L. 32. D. de pign. act. (13. 7). L. 6. C. si aliena res (8. 16).

könne. Der Pfandgeber übernimmt, wie Dernburg (Pfandrecht I. S. 166) sich ausdrückt, stillschweigend eine Garantie in dieser Beziehung. Der Strenge nach würde es nun freilich der Stipulationsform bedurft haben, um aus dieser Garantie-Uebernahme zu klagen; die Römer haben aber aus praktischen Gründen davon abgesehen und der actio pigneratitia contraria eine solche Ausdehnung gegeben, daß der Pfandgläubiger durch dieselbe die eben gedachte Verpflichtung des Pfandgebers zur Geltung bringen kann.

Von der vorstehenden Auffassung aus erklärt es sich von selbst, daß derjenige, welcher eine fremde Sache als Pfand hingiebt, ohne Rücksicht darauf, ob ihm ein Verschulden zur Last fällt, haftet, — ebenso, wie der Verkäufer einer fremden Sache. Der Pfandgläubiger kann das Interesse in Anspruch nehmen, welches nicht bloß darin besteht, daß ihm die Sicherheit, auf die er Rechnung machen konnte, durch Lieferung einer anderen gleich werthvollen Sache gewährt werde, sondern zugleich in der Erstattung aller Nachtheile, die in Folge davon, daß der Pfandgeber nicht sogleich eine ihm gehörige Sache hingegeben hat, eingetreten sind[8]). Dasselbe ist im Allgemeinen anzunehmen, wenn die hingegebene Sache bereits einem Anderen verpfändet war[9]).

Anders verhält es sich, wenn eine fehlerhafte Sache als Pfand hingegeben ist. Hier treffen die vorhin geltend gemachten Gesichtspunkte nicht zu und demgemäß wird denn auch, ebenso wie bei dem Kauf und der Miethe, nur eine Haftung wegen dolus angenommen. Ulpian sagt in der L. 9. pr. D. de pign. act. (13. 7) ganz allgemein: das contrarium judicium finde Statt: „si rem alienam debitor pignori dedit aut malitiose in pignore versatus sit." Und damit stimmt es überein, daß dem Pfandgläubiger, der von dem als Pfand hingegebenen Sclaven bestohlen ist, ein Anspruch auf das Interesse unter Ausschließung der noxae datio nur für den Fall zugesprochen wird, daß der Pfandgeber dolose die schlechte

8) Vgl. L. 16. §. 1. D. de pign. act. (13. 7), nach der es nicht wohl zweifelhaft sein kann, daß dem Pfandgläubiger in diesem Fall eine Klage auf das Interesse zusteht. — Zugleich ist es von Bedeutung, daß der Pfandgläubiger die Eviction, auch abgesehen von dem Fall eines dolus des Pfandgebers, nicht abzuwarten braucht, daß er also in dieser Beziehung günstiger gestellt ist, als der Käufer einer fremden Sache. Vgl. Dernburg, Pfandrecht I. S. 166.

9) Vgl. L. 16. §. 1. D. de pign. act. (13. 7). Siehe jedoch auch L. 36. §. 1. i. f. D. eodem.

Eigenschaft des Sclaven verheimlicht hat [10]). Es fragt sich nur, ob man nicht wegen der L. 16. §. 1. D. de pign. act. (13. 7) eine weiter gehende Haftung des Pfandgebers anzunehmen hat. In dieser Stelle heißt es:

„Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde, si rem alienam vel alii pigneratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat. Sed utrum ita demum, sis cit, an et si ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia; quantum ad contrarium judicium, ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro sexto Digestorum scribit. Sed si sciens creditor accipiat vel alienum vel obligatum vel morbosum, contrarium ei non competit." (Paulus.)

Der erste Theil der Stelle handelt nur von der Hingabe einer fremden oder bereits verpfändeten Sache. Es muß daher auffallen, daß im Schlußsatz die Worte: „vel morbosum" sich finden, und ich halte es aus diesem Grunde für wahrscheinlich, daß hier eine Interpolation vorliegt. Wenn man dies aber annimmt, so kann man aus der Gleichstellung für den Fall der scientia creditoris, die ganz unbedenklich ausgesprochen werden konnte, nicht auf eine Gleichstellung auch für den Fall der ignorantia creditoris schließen, indem es sehr leicht denkbar ist, daß die Compilatoren bei der Interpolation nicht beachtet haben, welcher Schein dadurch entstehen konnte, daß gerade an diesem Ort die an sich völlig unbedenkliche Gleichstellung für den Fall der scientia creditoris ausgesprochen wurde. — Wie dem aber auch sei, jedenfalls kann man aus der L. 16. §. 1. cit. nichts weiter schließen, als daß die singulären Vorschriften des ädilitischen Edicts auf den Pfandcontract ausgedehnt sind, wozu auch das Wort: „morbosum"

---

10) L. 31. D. de pign. act. (13. 7). L. 61. §§. 3. 5. D. de furtis (47. 2). Die erste Stelle ist, soweit sie auf den Pfandcontract sich bezieht, klar; der Schlußsatz, der ein Gleiches für das depositum behauptet, steht aber mit der L. 61 cit. in Widerspruch. Dernburg, Pfandrecht I. S. 162 fg. bemüht sich, die L. 61. §§. 3. 5. D. cit. damit zu vereinigen, daß nach anderen Stellen beim Pfandcontract von beiden Seiten levis culpa zu prästiren ist; meiner Meinung nach verkennt er, daß es sich in L. 61 nicht um die contractliche Haftung handelt, sondern darum, wie die Contrahenten schon bei der Abschließung des Contracts haften.

passen würde. Die Stelle würde sonst mit den übrigen, sehr bestimmt lautenden Entscheidungen der Quellen in Widerspruch treten.[11])

§. 6.

Die Ihering'sche Theorie. — Aussprüche der Quellen, welche auf ungültige Geschäfte sich beziehen.

Aus den in den vorigen Paragraphen angeführten Stellen ergiebt es sich, daß die Ihering'sche Theorie von der culpa in contrahendo für die Fälle, in welchen der abgeschlossene Contract gültig ist, mit den Quellen in Widerspruch steht. Sollten nun für die Fälle, in welchen der Contract nichtig ist, wesentlich andere Grundsätze von den Römern angenommen sein? An sich ist dies gewiß nicht wahrscheinlich. Es wird jedoch nöthig sein, auf die Stellen, welche von Ihering als die Stütze seiner Theorie betrachtet werden, näher einzugehen. Es sind dies folgende Stellen:[1])

11) Dernburg, Pfandrecht I. S. 167 ist anderer Meinung, indem er eine sehr ausgedehnte Haftung des Pfandgebers für die Mängel der Sache annimmt. Er beruft sich dafür auch auf L. 54. D. de fidejussor. (46. 1). Diese Stelle beweist aber Nichts. Einestheils hat der Jurist hier gar nicht die Absicht, die Haftung des Pfandgebers näher zu bezeichnen, die Stelle handelt vielmehr vorzugsweise von der Haftung des Bürgen; anderntheils sehe ich nicht ein, wie man aus den ganz allgemeinen Worten: „si in pignore contrahendo deceptus sit creditor" folgern kann, daß es sich hier um die Hingabe einer mangelhaften Sache gehandelt habe; eben so gut kann die Täuschung darin bestanden haben, daß der Gläubiger eine dem Pfandgeber nicht gehörige Sache erhalten hat.

1) Ihering (S. 9 in der Anm.) bemerkt, daß er von der L. 21. §. 2. D. de act. emti (19. 1) wegen der Zweifel, die rücksichtlich ihrer erhoben werden könnten, abgesehen habe. Und in der That bietet die Stelle Schwierigkeiten, die wie ich glaube, bisher nicht überwunden sind. Der Wortlaut der Stelle ist nach dem Text der Florentina folgender: Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, et si venditor quoque nesciet, veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt". Statt „emtionem esse" kommt auch die Lesart: „emtionem non esse" vor. Es fragt sich also zunächst, welche Lesart als die richtige anzusehen ist. In dieser Beziehung ist es mir nun nicht zweifelhaft, daß die auch von Theod. Mommsen an-

L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1) (Modestinus). Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis

---

genommene Lesart der Florentina vorzuziehen ist. Sie ist die handschriftlich am besten beglaubigte Lesart; außerdem läßt es sich, da das nachfolgende: „tamen" auf eine vorhergegangene Negation hinzudeuten scheint, viel leichter erklären, daß ein Abschreiber das non hineingefügt, als daß er das vorgefundene non beseitigt hat. — Was den Inhalt der Stelle betrifft, so werden die Schwierigkeiten durch die Einschiebung des: non in keiner Weise gehoben; im Gegentheil muß man es für undenkbar erklären, daß der Jurist die Nichtigkeit des Contracts als Folge des Dissensus über die Qualität allgemein ausgesprochen haben sollte, und eben so wenig kann man nach dem Sprachgebrauch der Quellen die Worte: de qualitate so verstehen, als ob damit allein der s. g. error in substantia hätte bezeichnet werden sollen. Das am Schluß der Stelle angeführte Beispiel ist endlich ein solches, daß ein s. g. error in substantia hier schlechterdings nicht angenommen werden kann. — Auf der anderen Seite muß man gestehen, daß der Inhalt auch bei der Lesart: „emtionem esse" sehr erhebliche Schwierigkeiten bietet. Daß die Tische nicht „citreae" gewesen sind, kann unmöglich als ein ädilitischer Fehler angesehen werden; das am Schluß der Stelle angeführte Beispiel enthält mithin einen Fall, in welchem nach den zahlreichen sonstigen Entscheidungen der Quellen, abgesehen vom dolus, nur in Folge eines Versprechens von einer Haftung die Rede sein kann. Hätte der Jurist aber an eine Vereinbarung über die Qualität bei dem Beispiel gedacht, so würde wieder von einem dissensus de qualitate nicht füglich die Rede sein können; die Contrahenten wären dann ja darin, daß die Tische „citreae" sein sollten, einverstanden gewesen. — Meiner Ueberzeugung nach kann man nur annehmen, daß der Text corrumpirt ist; möglicherweise hat die Stelle durch ungeschicktes Streichen von Zwischensätzen von Seiten der Compilatoren ihre jetzige Gestalt bekommen.

Ebenso hat Ihering es unterlassen, auf die von Anderen benutzte L. 15. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1) sich zu berufen. Daß man die Worte der L. 15. §. 1. cit.: „Ignorantia emtori prodest, quae non in supinum hominem cadit" nicht unmittelbar mit dem princ. der L. 15. in Verbindung bringen kann, ist klar, weil die Nichtigkeit des Kaufvertrages über eine nicht mehr vorhandene Sache, von welcher in dem princ. allein die Rede ist, ohne Rücksicht darauf eintritt, ob der Käufer mit dem Untergang der Sache bekannt gewesen ist oder nicht. Will man den §. 1 mit dem princ. in Verbindung bringen, so muß man einen Satz einschieben, welcher von dem Recht des mit dem Untergang der Sache nicht bekannten Käufers auf Schadensersatz handelt, — einen Satz, der, jenachdem man die eine oder die andere Ansicht hierüber hat, ganz verschieden formulirt werden kann. Die Stelle kann unter diesen Umständen nicht als Beweisstelle benutzt werden, weder für die eine, noch für die andere Ansicht. — Uebrigens bedarf es kaum der Bemerkung, daß die L. 15. cit. in der Gestalt, in welcher wir sie im corpus juris vorfinden, nicht aus der Feder des Paulus hervorgegangen ist; die Compilatoren haben hier offenbar Streichungen vorgenommen. Was das aber für Sätze gewesen sind, welche die Compilatoren gestrichen haben und auf die der jetzt ganz unvermittelt dastehende Satz des §. 1

comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus ne deciperetur.

§. 5. J. de emt. (3. 23.)

Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit, quae tamen, si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

L. 8. §. 1. D. de relig. (11. 7.) (Ulpianus.)

Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, quae actio et in heredem competit, cum quasi ex emto actionem contineat.

L. 8. D. de hered. vend. (18. 4.) (Javolenus.)

— — — si nulla est (hereditas), de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est, emtor a venditore consequatur.

L. 9. D. eod. (Paulus.)

Et si quid emtoris interest.

Jhering findet, wie oben schon bemerkt, in diesen Stellen den Satz ausgesprochen, daß der Verkäufer einer res extra commercium oder einer nicht existirenden Erbschaft schlechthin verpflichtet sei, dem Käufer das negative Interesse zu leisten, vorausgesetzt, daß dieser mit dem Mangel nicht bekannt gewesen sei.

Meines Erachtens würden diese Stellen, selbst wenn sie in der eben angegebenen Weise zu verstehen wären, keine taugliche Grundlage für die Jhering'sche Theorie bilden, indem von einer Haftung für levis culpa hier nicht die Rede ist, die Haftung vielmehr nach Jherings eigener Ansicht über die levis culpa hinausgeht. Man würde aus den angeführten Stellen nur folgern können, daß die römischen Juristen (mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs) in den zur Frage stehenden Fällen eine schlechthinnige Haftung des Verkäufers angenommen hätten, in ähnlicher Weise wie die Aedilen in ihrem Edict dies in Beziehung auf andere Fälle statuirt haben. — Außerdem muß ich

---

in der Schrift des Paulus sich bezogen hat, das läßt sich schlechterdings nicht bestimmen.

es aber für höchst zweifelhaft halten, ob der oben erwähnte Satz aus den von Ihering angeführten Stellen abgeleitet werden kann.

Die drei ersten Stellen handeln von dem über eine res extra commercium abgeschlossenen Kaufcontract. Ihering scheint anzunehmen, daß ein solcher Kaufcontract allgemein für ungültig gehalten sei. Dies ist meiner Ueberzeugung nach unrichtig. Während in einer Reihe von Stellen die Ungültigkeit des Contracts anerkannt wird,[2]) gab es auch Juristen, welche den Verkauf einer res extra commercium nur dann für ungültig hielten, wenn der Käufer mit der Unfähigkeit des Objects bekannt gewesen ist.[3]) Die letztere Ansicht liegt, wie man nicht anders annehmen kann, auch dem §. 5. J. de emt. (3. 23) zu Grunde.[4]) Diese Stelle kann daher für unsere Frage nicht in Betracht kommen; es versteht sich von selbst, daß diejenigen Juristen, welche den über eine res extra commercium abgeschlossenen Kaufcontract für gültig hielten, ohne Rücksicht auf eine etwaige Schuld des Verkäufers die actio emti auf das Interesse und zwar auf das Erfüllungsinteresse geben mußten.

Somit bleiben als Stützen der Ihering'schen Theorie nur die L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1), die L. 8. §. 1. D. de

---

2) L. L. 22—24. L. 34. §. 1. L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1) L. 8. §. 1.D. de relig. (11. 7). L. 1. C. de sepulchro viol. (9. 19). Meine Beiträge I. S. 119 fg.

3) Vgl. L. L. 4. 6. pr. D. de contrah. emt. (18. 1). Die Worte der L. 4. cit.: „emtio intelligitur, si ab ignorante emitur“ lassen in der That keinem Zweifel Raum, zumal wenn man den Gegensatz in der, mit der L. 4. unmittelbar zusammengehörigen L. 6. pr. cit.: „scientem te emere non posse“ ins Auge faßt. Nach Ihering (S. 29 u. 65) sollen die Worte: „emtio intelligitur“ soviel heißen, als: der Kauf ist nichtig, aber es ist eine actio emti auf das negative Interesse zulässig; ich glaube nicht, daß diese Erklärung Anklang finden wird.

4) Ihering (S. 65) beruft sich gegen diese Ansicht darauf, daß das Interesse, welches der Käufer fordern kann, durch die Worte: „quod sua interest deceptum non esse“ bezeichnet wird, Worte, die allerdings am passendsten zur Bezeichnung des negativen Interesses dienen. Dies Argument verliert aber dadurch schon an Gewicht, daß als Grund des Anspruchs angegeben wird: „quod non habere ei liceat“. Insonderheit muß ich aber die von Ihering völlig ignorirten Worte: „frustra quis sciens emit“ hervorheben, welche sich mit seiner Erklärung nicht vereinigen lassen, sowie den Schlußsatz des §. 5 cit.: „Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit“. Daß nämlich das spätere römische Recht den Verkauf eines freien Menschen, falls der Käufer denselben für einen Sclaven hielt, als gültig anerkannte, läßt sich nicht bezweifeln. S. darüber unten §. 14.

relig. (11. 7) und die L. L. 8. 9. D. de hered. vend. (18. 4) übrig.

Mit Ihering bin ich der Ansicht, daß die Verfasser dieser Stellen eine Nichtigkeit des in denselben erwähnten Kaufcontracts (über eine res extra commercium bezw. eine nicht existirende Erbschaft) annehmen, daß das Interesse, welches in der ersten und in der letzten Stelle erwähnt wird, nur das negative Interesse sein kann und daß man gleicherweise das negative Interesse als den Gegenstand der in L. 8. §. 1. D. de religiosis erwähnten actio in factum anzusehen hat.[5]) Es fragt sich aber, ob die Klage auf das negative Interesse nur gegen den dolosen Verkäufer oder ob sie auch gegen den gutgläubigen Verkäufer angestellt werden kann.

In keiner der citirten drei Stellen wird der dolus des Verkäufers als Voraussetzung der Ersatzklage erwähnt; ebensowenig wird aber gesagt, daß die Ersatzklage keine Verschuldung des Verkäufers voraussetzt. Können wir nun daraus allein, daß der dolus nicht als Voraussetzung der Klage erwähnt wird, schließen, daß die Klage auch gegen den gutgläubigen Verkäufer zulässig sei?

Der Schluß würde gerechtfertigt sein, wenn wir annehmen könnten, daß die Juristen, von welchen die Stellen herrühren, die Absicht gehabt haben, die Voraussetzungen der Ersatzklage in erschöpfender Weise anzugeben. Eine solche Annahme ist aber bei der L. 8. §. 1. D. de relig. und der L. 8. D. de hered. vend. schwerlich gerechtfertigt, indem diese Stellen jedenfalls eine unbestrittene Voraussetzung der Klage, die Unbekanntschaft des Käufers mit dem Mangel, unerwähnt lassen. Verlieren diese Stellen solchergestalt schon an Bedeutung, so wird das Gewicht, welches man auf die L. 8. §. 1. D. de relig. (11. 7) legen könnte, dadurch noch erheblich herabgedrückt, daß es als sehr zweifelhaft erscheinen muß, ob es dem Juristen nicht vorzugsweise darauf ankam, den Satz festzustellen, daß die Klage auch gegen den Erben gehe.[6])

---

5) S. darüber auch meine Beiträge, I. S. 118 fg. S. 123 fg. S. 133 fg.

6) Ihering (S. 11 u. 13) urtheilt ganz anders über die Bedeutung, welche die L. 8. §. 1. D. de relig. für unsere Frage hat. Er folgert aus dieser Stelle, daß das prätorische Edict eine besondere Bestimmung über den Verkauf der loca religiosa enthalten habe; er hält es für unzweifelhaft, daß der Prätor zur Begründung der ertheilten actio in factum keinen dolus gefordert habe, da die L. 8. §. 1, die, wie es scheine, die Worte des Edicts selbst mittheile, nicht die leiseste Andeutung auf einen dolus des Verkäufers enthalte, und es auch un-

Eher, als bei den beiden bisher besprochenen Stellen kann man bei der L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1) zu der Vermuthung kommen, daß der Jurist die Absicht gehabt hat, die Voraussetzungen der Ersatzklage erschöpfend anzugeben, indem er außer dem factischen Abschluß des nichtigen Contracts noch die Unbekanntschaft des Käufers mit dem Mangel hervorhebt. Aber auch in dieser Stelle wird nicht ausdrücklich bemerkt, daß die Klage auf das negative Interesse keinen dolus voraussetzt. Was Ihering für seine Ansicht anführen kann, ist nur, daß der dolus hier, wie

---

begreiflich sei, wie der Prätor dazu gekommen sein sollte, hier eine eigene Klage zu gewähren, wenn die actio doli schon ausgereicht hätte. — Das prätorische Edict enthielt verschiedene Bestimmungen über die Beerdigung der Todten und die res religiosae und so ist es denn möglich, daß es auch eine Bestimmung über den Verkauf der loca religiosa enthielt. Es ist ferner möglich, daß die ersten Worte der Stelle aus dem prätorischen Edict entnommen sind; aber wir haben keine Gewähr dafür, daß der Jurist die Worte des Edicts irgend vollständig mitgetheilt hat, und es ist deshalb unmöglich, nach der L. 8. §. 1. cit. zu bestimmen, wie die etwaige Edictsstelle über den Verkauf der loca religiosa vollständig gelautet hat. Wenn endlich daraus, daß hier eine besondere Klage, eine actio in factum vom Prätor gegeben ist, von Ihering geschlossen wird, daß es zur Begründung der Klage keines dolus bedurft habe, so ist dieser Schluß, wie mir scheint, sehr unsicher. Ich brauche in dieser Beziehung nur auf die actio in factum gegen den mensor aufmerksam zu machen. Hier könnte man in derselben Weise fragen: warum hielt der Prätor es für nöthig, eine eigene Klage zu geben, wenn die actio doli schon ausreichte? In Betreff dieser Klage wird uns aber in den Quellen bezeugt, daß sie einen dolus des mensor voraussetzt. Am richtigsten wird es sein, wenn wir beide, Ihering und ich, anerkennen, daß wir den Grund, weshalb in dem Fall der L. 8. §. 1 eine actio in factum gegeben wird, nicht kennen; wenn wir ihn aber nicht kennen, können wir auch keine Folgerungen daraus ziehen. — Ich gehe aber noch weiter. Selbst wenn die Ansicht, welche Ihering in Betreff der L. 8. §. 1 hat, zweifellos richtig wäre, würde es doch bedenklich sein, diese Stelle zum Generalisiren zu benutzen. Gerade der Umstand, daß der Prätor es für nöthig gehalten habe, hier eine besondere Klage zu geben, könnte gar wohl zu der Annahme führen, daß die L. 8. §. 1 cit. eine singuläre Bestimmung über den Verkauf der loca religiosa enthalte. — Im Vorstehenden habe ich mich an die Deduction von Ihering angeschlossen und glaube gezeigt zu haben, daß dieselbe, selbst wenn man die Voraussetzung einer besonderen Edictsstelle über den Verkauf der loca religiosa annimmt, nicht beweisend ist. Im Uebrigen bin ich der Meinung, daß die eben erwähnte Voraussetzung, von der Ihering ausgeht, überaus unsicher ist. Die Art und Weise, wie in einer Reihe von Stellen der Verkauf eines locus religiosus mit dem Verkauf anderer res extra commercium zusammengestellt wird, scheint mir gegen die Annahme von Ihering zu sprechen. Vgl. L. L. 4. 6. pr. 22. 24. 62. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1). §. 5. J. de emt. (3. 23).

in den beiden anderen Stellen, nicht unter den Voraussetzungen der Klage erwähnt wird 7). Darauf kann man aber bei der Beschaffenheit unserer Quellen einen sicheren Schluß nicht gründen; vielmehr haben wir zu untersuchen, ob nicht etwa andere Stellen sich finden, welche eine Beschränkung enthalten, und ob das Resultat, welches wir aus dem bloßen Schweigen einiger Stellen entnehmen, mit den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts übereinstimmt 8).

---

7) Ihering (S. 11) macht es mir zum Vorwurf, daß ich in meinen Beiträgen aus dem, von Modestinus in der L. 62. §. 1. D. cit. gebrauchten Worte: „deciperetur" geschlossen habe, der Jurist habe an Fälle gedacht, wo der Verkäufer sich eines dolus schuldig gemacht habe. Dieser Vorwurf ist schwer begreiflich, da ich in meinen Beiträgen (I. S. 122) ausdrücklich gesagt habe, daß man aus dem Wort: decipi keinen sichern Schluß auf einen dolus des Verkäufers ziehen könne. — Die in meinen Beiträgen aufgestellte Ansicht habe ich darauf gegründet, daß sonst im römischen Recht nur der dolus allgemein als causa obligationis anerkannt werde, und den Umstand, daß das Wort: decipi die Beziehung auf einen dolus haben kann, nur dazu benutzt, um das Gewicht, welches man von anderer Seite auf die L. 62. §. 1. legen könnte, zu schwächen. Siehe meine Beiträge I. S. 123.

8) Letzteres wird auch von Ihering (S. 67) bei der Erklärung der L. 21. pr. D. de act. emti (19. 1) indirect anerkannt. In dieser Stelle heißt es: „Si sterilis ancilla sit, cujus partus venit, vel major annis quinquaginta, cum id emtor ignoraverit, ex emto tenetur venditor". Ihering nimmt mit Recht an, daß der in dieser Stelle erwähnte Kaufcontract nichtig ist, weil er sich auf einen künftigen Gegenstand bezieht, dessen Entstehung unmöglich ist. Er sieht ferner als Gegenstand der in der Stelle erwähnten actio emti das negative Interesse an. Obgleich aber hier, gerade wie in der L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. außer dem factischen Abschluß des nichtigen Contracts nur die Unbekanntschaft des Käufers mit dem Mangel als Voraussetzung der Klage hervorgehoben wird, will Ihering doch in diesem Falle die Klage auf das negative Interesse nicht schlechthin zulassen, sondern nur dann, wenn die Unmöglichkeit der Entstehung des Gegenstandes dem Verkäufer im Voraus bekannt sein mußte. Er sieht sich also aus allgemeinen Gründen genöthigt, eine Voraussetzung in die Stelle hineinzutragen, obgleich die Stelle selbst keine Andeutung davon enthält. — Auch mir ist es nicht zweifelhaft, daß in dem Fall der L. 21. pr. cit., wo die Entstehung des Kaufgegenstandes in die Zukunft und damit ins Ungewisse gestellt ist, eine schlechthinnige Haftung des Verkäufers nicht angenommen werden kann. Wenn aber Ihering hier eine fernere Voraussetzung in die Stelle hineinträgt, warum ist ein solches Verfahren denn bei der L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. unzulässig? — Und ferner, wenn es für nöthig erachtet wird, eine fernere Voraussetzung der Klage anzunehmen, liegt es denn nicht am nächsten, diejenige Voraussetzung anzunehmen, für welche wir uns auf eine Reihe anderer Entscheidungen in den Quellen berufen können? — Im Vorstehenden bin ich mit Ihering davon ausgegangen, daß das negative Interesse als Gegenstand der in

In dieser Beziehung ist es von großer Bedeutung, daß die römischen Juristen in den Fällen, in welchen der Contract gültig ist, den Verkäufer im Allgemeinen nur für dolus in contrahendo haften lassen. Außerdem finden sich unter den Stellen, welche auf den Verkauf einer dem Verkehr entzogenen und einer nicht existirenden Sache sich beziehen, zwei, welche meiner Meinung nach wohl geeignet sind, ein Bedenken gegen die Jhering'sche Ansicht zu erregen. Es sind dies die L. L. 22—24 und die L. 57. D. de contrah. emt. (18. 1).

Was diese beiden Stellen betrifft, so kann man zunächst darauf Bezug nehmen, daß sowohl in der ersten Stelle, als auch in dem ersten Theil der zweiten Stelle, der auf den Fall eines nichtigen Contracts sich bezieht, zwar von einem Anspruch des Käufers die Rede ist, aber nur von einer Condiction auf Rückgabe des Kaufpreises [9]). Wenn der Käufer einer res extra commercium oder einer nicht existirenden Sache allgemein die actio emti auf das negative Interesse hätte, so würde die condictio indebiti, deren hier erwähnt wird, von keiner Bedeutung sein und man sieht nicht ein, wie ein Jurist dazu gekommen sein sollte, auf diese minder vortheilhafte Klage irgend ein Gewicht zu legen. Doch verkenne ich nicht, daß es bedenklich sein würde, aus der bloßen Erwähnung der condictio erhebliche Schlüsse zu ziehen. Es kommt aber noch Anderes hinzu.

In L. L. 22—24 D. cit. wird bemerkt, die Nebenbestimmung: „si quid sacri vel religiosi est, ejus venit nihil" sei von Bedeutung, wenn bloß mäßige Theile des verkauften Grundstücks dem Verkehr entzogen seien; wenn aber das ganze verkaufte Grundstück dem Verkehr entzogen sei, so sei der Contract nichtig und, wie man nach dem Zusammenhang hinzufügen muß, die erwähnte Neben-

---

L. 21. pr. cit. erwähnten actio emti zu betrachten sei. S. auch meine Beiträge I. S. 133 fg. Da der Gegenstand der Klage nicht bezeichnet ist, könnte es auch die Absicht des Juristen gewesen sein, nur ganz im Allgemeinen die Zulässigkeit der actio emti für den zur Frage stehenden Fall auszusprechen, wobei man sich dann als Gegenstand der Klage je nach den Umständen die Erstattung des negativen Interesses oder bloß die Restitution des etwa schon gezahlten Kaufpreises denken könnte. Richtiger würde freilich der Jurist, wenn dies seine Meinung gewesen wäre, nicht „tenetur", sondern „teneri potest" gesagt haben.

9) In gleicher Weise ist auch in der L. 7. D. de hered. vend. (18. 4) nur von einer Condiction des Käufers auf Rückgabe des Kaufpreises die Rede.

bestimmung ohne Bedeutung[10]). Dieser Satz ist richtig, wenn die Klage auf das negative Interesse nur wegen dolus des Verkäufers zulässig ist; es ist unter dieser Voraussetzung in den Fällen, in welcher der Contract nichtig ist, einerlei ob die Nebenverabredung getroffen ist oder nicht. Denn von der Haftung wegen dolus kann auch ein solcher Nebenvertrag nach bekannten Grundsätzen des römischen Rechts den Verkäufer nicht befreien. Dagegen würde der Ausspruch des Juristen unrichtig sein, wenn der Verkäufer einer res extra commercium, wie Ihering dies behauptet, allgemein zur Leistung des negativen Interesses verpflichtet wäre. Der Nebenvertrag würde alsdann von erheblicher Bedeutung sein, indem er den Verkäufer für den Fall, daß er nicht in dolo war, von der Verpflichtung zur Leistung des negativen Interesses befreien würde.

Die zweite Stelle, die L. 57. D. de contrah. emt. (18. 1) handelt von dem Verkauf eines Hauses, welches zur Zeit der Abschließung des Contracts abgebrannt war, also von einem Fall, wo der Gegenstand des Kaufcontracts nur theilweise noch existirte. Hier wird nun, was die Folgen betrifft, sehr bestimmt unterschieden, ob der Verkäufer gewußt hat, daß das Haus abgebrannt sei, oder ob er damit unbekannt gewesen ist. Dies paßt schon nicht sonderlich zu der Ihering'schen Theorie, derzufolge auf diesen Umstand Nichts ankommen soll. Ferner werden aber die Folgen der theilweisen Unmöglichkeit für den Fall, daß beide Theile damit unbekannt gewesen sind, in einer Weise beschrieben, daß man an eine, dem Käufer zustehende Klage auf Erstattung des negativen Interesses nicht wohl denken kann. Es heißt in dem princ. der L. 57. D. cit.:

> Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam esse ignoraremus. Nerva, Sabinus, Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse ajunt. Sed si pars domus maneret, Neratius ait, in hac quaestione multum interesse, quanta pars domus consumta (consumtae) permaneat, ut, si quidem amplior domus pars exusta est (sit), non compellatur emtor perficere emtionem, sed etiam, quod forte solutum ab eo est, repetet. Sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coar-

10) Vgl. über diese Stelle im Allgemeinen meine Beiträge, I. S. 120 fg.

tandus est emtor venditionem adimplere, aestimatione viri boni arbitratu habita, ut, quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus praestatione liberetur".

Paulus erörtert hier in ausführlicher Weise die Folgen, welche im Fall einer theilweisen Unmöglichkeit der Leistung bei beiderseitiger bona fides eintreten. Wenn nun der Käufer einer nicht existirenden Sache eine Ersatzklage auf das ganze negative Interesse auch gegen den gutgläubigen Verkäufer hätte, so würde der Jurist dies gewiß nicht unerwähnt gelassen haben, zumal da er nicht bloß des Einflusses, den die theilweise Unmöglichkeit auf die Gültigkeit des Contracts übt, sondern auch der sonst eintretenden Folgen (des Rechts, den Kaufpreis zurückzufordern) gedenkt. Auch kann man sich nicht darauf berufen, daß es sich hier nur um eine theilweise Unmöglichkeit der Leistung handelt. Denn es ist kein Grund ausfindig zu machen, weshalb in der zur Frage stehenden Beziehung ein Unterschied zwischen den Fällen der völligen und der theilweisen Unmöglichkeit zu machen wäre. Ueberdies wird auch der Fall, wo das Haus bis auf den Grund niedergebrannt war, von dem Juristen ganz so, wie ein Fall der völligen Unmöglichkeit, behandelt.

Die angeführten Stellen zeigen, wie ich glaube, jedenfalls so viel, daß es sehr bedenklich ist, daraus, daß in den von Ihering citirten Stellen der dolus des Verkäufers als Voraussetzung der Ersatzklage nicht erwähnt wird, einen Schluß zu ziehen. Wie die Sache steht, wird man das Hauptgewicht auf die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts legen müssen und darnach wird man meiner Meinung nach annehmen müssen, daß die actio emti auf das negative Interesse einen dolus, dessen der Verkäufer bei Abschließung des Contracts sich schuldig gemacht hat, voraussetzt. Jedenfalls würde man aus den Stellen, auf welche Ihering sich beruft, selbst wenn man sie so versteht, wie er es thut, den Satz, daß die Contrahenten bei Abschließung des Contracts für dieselbe culpa haften müssen, wie bei Erfüllung desselben nicht ableiten können, da es hierfür an jedem Anhalt in den erwähnten Stellen, sowie überhaupt in den Quellen fehlt.

Die Römer haben nicht verkannt, daß die Beschränkung der Haftung auf den dolus in manchen Fällen den Bedürfnissen des Verkehrs nicht genügt, daß eine weiter gehende Haftung im Interesse der Sicherheit des Verkehrs vielfach geboten ist. Von diesem

Gesichtspunkte aus haben sie die Haftung der Contrahenten für manche Fälle erweitert; unter allen Fällen, in welchen dies geschehen ist, läßt sich aber keiner nachweisen, in dem die Erweiterung der Haftung in der Weise geschehen wäre, daß der betreffende Contrahent auch bei Abschließung des Contracts für levis culpa zu haften hätte. Vielmehr ist überall die Erweiterung der Haftung so geschehen, daß von allen subjectiven Voraussetzungen in der Person des ersatzpflichtigen Contrahenten abgesehen und der Ersatzanspruch des anderen Contrahenten allein davon abhängig gemacht worden ist, daß dieser von dem in Frage stehenden Mangel Nichts gewußt hat und daß dieses Nichtwissen ein entschuldbares gewesen ist.

Was Ihering zur Aufstellung seiner Theorie von der culpa in contrahendo veranlaßt hat, ist wesentlich der Umstand, daß ihm die Ansicht, derzufolge beim Contrahiren nur für dolus gehaftet werde, den Anforderungen des Verkehrs und der Billigkeit nicht zu entsprechen schien. Wie gefährlich es aber ist, auf Grund eines solchen Gefühls, welches wesentlich durch einzelne Fälle veranlaßt ist, ohne weiteres eine allgemeine Regel aufzustellen, zeigt sich hier auf das Eclatanteste. Während die von Ihering aufgestellte Regel, derzufolge bei dem Contrahiren für denselben Grad der Verschuldung, wie bei Erfüllung der Obligation gehaftet werden soll, für manche Fälle zu einem Resultat führt, welches der Billigkeit mehr entspricht, als die Beschränkung der Haftung auf den dolus, ja während sie sogar für manche Fälle, wie namentlich für die Haftung des Mandanten und Deponenten, wie wir demnächst sehen werden, nicht einmal ausreicht, führt die Ihering'sche Theorie in anderen Fällen zu einer Haftung, die entschieden strenger ist, als sich mit den Anforderungen der Billigkeit vereinigen läßt. Ich brauche in dieser Beziehung nur auf den Mandatar hinzuweisen, der nach der Ihering'schen Theorie bei Uebernahme des Mandats für levis culpa haften müßte, was weder den Anforderungen des Verkehrs, noch den Anforderungen der Billigkeit entsprechen würde. Ich enthalte mich jedoch hier einer näheren Ausführung, indem ich später darauf zurückkommen werde.

§. 7.

Die Ansichten von Köppen, Windscheid und Bähr. — Die Praxis.

Ihering hat in einer späteren Schrift [1]) anerkannt, daß seine Theorie von der culpa in contrahendo, indem sie den beschränkten Gedanken des subjectiven Unrechts zu Grunde lege, der Idee des Verhältnisses selbst nicht gerecht werde. Die Anregung, welche von Ihering ausgegangen ist, ist aber eine sehr bedeutende gewesen. Namhafte Schriftsteller haben sich, insofern es sich um nichtige Verträge handelt, ganz oder doch im Wesentlichen Ihering angeschlossen,[2]) und auch auf diejenigen, von welchen dies nicht gesagt werden kann, hat die Ihering'sche Darstellung einen nicht ganz unerheblichen Einfluß geübt.[3])

Unter den neuesten Schriftstellern über die Haftung beim Contrahiren sind es Köppen, Windscheid und Bähr, auf deren Ansichten ich etwas näher eingehen muß.

Nach Köppen ist der Consens kein Requisit für den Abschluß des Vertrages, sondern nur für die Existenz oder für den Bestand des Rechtsverhältnisses, welches in dem fertigen Vertrage als gewollt erklärt ist; die Schließung des Vertrages fordert den Consens nur, insofern darunter die Acceptation verstanden wird, welche die Zustimmung zu der Offerte giebt. Stellt diese Zustimmung keine Uebereinstimmung her, so kommt um deswillen das erklärte Rechts-

---

1) Ihering, das Schuldmoment im Röm. Privatrecht S. 38. Anm. 73.

2) So v. Vangerow, Pandekten (7. Aufl.) §. 109, der auch die Deduction von Ihering sich angeeignet hat und Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I. 2. S. 547 Anm. 11 und S. 571. In der Deduction weicht Goldschmidt von Ihering ab, indem er die Zurückführung der Haftung auf eine culpa in contrahendo als unzureichend zurückweist und das Entscheidende allein darin sieht, daß der eine Theil bei Abschließung des Vertrags durch die Erklärung (das Verhalten) des andern Theils in einen ihm nachtheiligen, entschuldbaren Irrthum versetzt worden ist. Im Resultat dürfte Goldschmidts Ansicht kaum von der Ihering'schen abweichen, indem, wie Ihering die culpa faßt, nicht leicht Fälle vorkommen werden, wo der Irrthum des einen Contrahenten durch das Verhalten des anderen hervorgerufen ist, ohne daß eine culpa in contrahendo im Ihering'schen Sinne vorliegt. — Im Grunde wird auch von Ihering die Haftung mehr dem Namen, als der Sache nach auf eine culpa zurückgeführt.

3) Dies gilt jedoch nicht von Sintenis (Civilrecht, 3. Aufl. II. §. 96. S. 254 und Anm. 18a.), der im Allgemeinen an der Regel festhält, daß ein Anspruch auf Ersatz des Schadens nur dann begründet ist, wenn dem Mitcontrahenten ein dolus beim Abschluß des Geschäfts zu imputiren ist.

verhältniß nicht zu rechtlicher Geltung, aber der Vertrag ist gleichwohl geschlossen. Deshalb kann er, statt der Verpflichtung auf Erfüllung, wegen culpa eine Verpflichtung auf Schadensersatz hervorbringen, während ohne den Vertrag nur eine Verpflichtung ex delicto zur Entstehung gelangen könnte. — Auf Grund dieser Deduction stellt Köppen den Satz auf:

„Wer sich beim Abschluß eines Vertrages zum Schaden des anderen Contrahenten irrt, läßt sich nach den Grundsätzen des römischen Rechts eine contractliche culpa zu Schulden kommen, für deren Folgen er einstehen muß, gleichviel ob der Irrthum ein entschuldbarer ist oder nicht.“[4])

Daß der obligatorische Vertrag etwas Anderes ist, als das durch denselben begründete Rechtsverhältniß, versteht sich von selbst und wird schwerlich von irgend Jemandem bestritten werden.[5]) Es widerstreitet aber durchaus der römischen Rechtsanschauung, in der Weise, wie Köppen dies thut, den obligatorischen Vertrag und das durch denselben begründete obligatorische Rechtsverhältniß von einander zu trennen. Die römischen Juristen beurtheilen vielmehr den Vertrag nach der durch denselben begründeten Rechtswirkung und demgemäß betrachten sie den Vertrag als ungültig, wenn er unfähig ist, die fragliche Rechtswirkung herbeizuführen, d. h. das bezweckte obligatorische Verhältniß zu begründen.[6]) Wie sehr sie den Vertrag als unmittelbar mit der durch denselben begründeten Rechtswirkung zusammenhängend ansehen, geht namentlich auch daraus hervor, daß sie den Vertrag und das durch denselben begründete Rechtsverhältniß mit denselben Ausdrücken bezeichnen. Da-

---

4) Köppen, Jahrbücher XI. S. 282 fg. und daselbst besonders die Anm. 288.

5) Dasselbe gilt selbstverständlich auch für die anderen Arten von Verträgen; für uns kommen jedoch nur die obligatorischen Verträge in Betracht.

6) Es handelt sich hier selbstverständlich nur um die, durch den Vertrag unmittelbar bezweckte Rechtswirkung d. h. die Begründung des obligatorischen Verhältnisses. Der Zweck des obligatorischen Verhältnisses ist davon wieder verschieden; dieser Zweck wird durch den obligatorischen Vertrag für sich allein nicht erreicht, indem das durch den Vertrag begründete obligatorische Verhältniß erst das Mittel zur Erreichung desselben gewährt. Die Erreichbarkeit dieses Zweckes ist nur insofern von Bedeutung, als sie in einem gewissen Umfange die Voraussetzung für das Zustandekommen des obligatorischen Verhältnisses, also für das Eintreten der unmittelbar durch den Vertrag bezweckten Rechtswirkung bildet.

mit steht es nicht in Widerspruch, daß das äußere Factum des Contrahirens, auch wenn der Contract rechtlich ungültig ist, doch rechtliche Folgen haben kann; denn diese Folgen hat es nicht als solches, sondern in Folge des Hinzutretens anderer Umstände, welche eben den eigentlichen Verpflichtungsgrund bilden.

Kann ich nun schon die Art und Weise, wie Köppen den Vertrag und das durch denselben begründete obligatorische Rechtsverhältniß von einander trennt, nicht für richtig halten, so kann ich noch weniger seiner Theorie von einem Vertrage ohne Consens beistimmen; meiner Ueberzeugung nach geht aus den Quellen klar hervor, daß die römischen Juristen den Consens als wesentlich zum Begriff des Vertrages gehörig betrachtet haben.[7]) Aber, auch abgesehen davon, scheint mir die Deduction von Köppen nicht geeignet, den von ihm aufgestellten Satz zu begründen. Denn einestheils wird durch dieselbe nicht bewiesen, wie eine contractliche Haftung schon während des Contrahirens eintreten kann,[8]) anderntheils vermag ich nicht einzusehen, wie aus der Haftung für contractliche culpa eine Haftung für jeden, auch den durchaus entschuldbaren Irrthum hergeleitet werden kann.

Wende ich mich jetzt zu dem von Köppen gewonnenen Resultat, so muß ich annehmen, daß der von ihm aufgestellte Satz nicht bloß für solche Fälle gelten soll, in welchen das zur Frage stehende Rechtsverhältniß nicht zu rechtlicher Geltung gelangt ist, sondern auch für

---

7) Inwieweit dabei der innere Wille oder die Erklärung des Willens als entscheidend anzusehen ist, kann füglich hier dahingestellt bleiben. Diese Frage wird weiter unten zu erörtern sein.

8) Auf die Köppen'sche Ansicht von der bindenden Kraft der Offerte bin ich im Text nicht eingegangen, weil dies meiner Meinung nach für die allgemeine Frage, um die es sich hier handelt, nicht wesentlich in Betracht kommt. Köppen (a. a. O. §§. 14 und 15) nimmt an, daß, sowie die Offerte dem Oblaten gemacht ist, der letztere sogleich Gläubiger ist, nämlich Gläubiger unter der Bedingung, daß er die Offerte acceptirt. Er verlegt also die Entstehung des obligatorischen Verhältnisses als eines bindenden in den Moment, wo der Offerent dem Oblaten die Offerte gemacht hat. Daraus folgt, wie die Unwiderruflichkeit der Offerte, so auch, daß der Offerent sofort nach gemachter Offerte die contractliche culpa zu prästiren hat, nicht aber, daß eine contractliche Haftung schon beim Offeriren selbst besteht. Im Uebrigen vgl. gegen die eben erwähnte Ansicht von Köppen: Schott, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 210 fg., Drechsler, über den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen S. 38 fg.

diejenigen Fälle, in welchen dasselbe zu Stande gekommen ist.[9]) Es ist aber klar, daß dann alle diejenigen Entscheidungen der Quellen, welche gegen die Jhering'sche Theorie angeführt worden sind, auch gegen Köppen gelten.

Die Stellen, welche Köppen für seine Ansicht anführt, beweisen Nichts. In Betreff der L. 21. §. 2. D. de act. emti (19. 1) und der L. 1. §. 2. i. f. D. de aed. ed.[10]) kann auf das oben (S. 13 fg. und §. 6 Anm. 1) Bemerkte verwiesen werden. Die L. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2) anlangend, ist es klar, daß man aus dem, was hier über die Haftung beim Mandat und Depositum bemerkt wird, keine allgemeine Regel abstrahiren kann, da ausdrücklich in der Stelle gesagt wird, daß bei der venditio, der locatio und dem pignus andere Grundsätze gelten. Die L. L. 19—23. D. pro socio (17. 2) endlich beziehen sich, wie oben (§. 3. Anm. 1) bereits ausgeführt worden ist, auf einen Fall, wo ein socius gegen die durch das bereits begründete Societätsverhältniß ihm auferlegten Verpflichtungen sich vergangen hat.[11])

Köppen hat, soviel mir bekannt, keine Nachfolger gefunden. Dagegen haben sich der Windscheid'schen Theorie Manche angeschlossen.[12])

---

9) Dies geht daraus hervor, daß die Stellen, auf welche Köppen sich beruft, Stellen sind, welche von Fällen der letzteren Art handeln.

10) Daß unter der von Köppen (a. a. O. S. 284 in der Anmerkung) citirten L. 1. §. 2. i. f. D. de A. E. et V. (19. 1) die L. 1. §. 2. i. f. D. de aed. ed. gemeint ist, kann nicht zweifelhaft sein.

11) Auf das Argument, welches Köppen daraus entnimmt, daß seine Theorie allein den Anforderungen des Verkehrs genüge, bin ich im Text nicht eingegangen. Allerdings kann es, wenn mehrere Theorien einander gegenüber stehen, von Bedeutung für die Entscheidung sein, daß die eine Theorie mehr, als die andere, das praktische Bedürfniß befriedigt. Zunächst müssen aber immer die Aussprüche der Rechtsquellen in Betracht kommen. Wenn man unter Hinwegsetzung über die Aussprüche der Rechtsquellen aus den Anforderungen des Verkehrs deducirt, so stellt man sich auf den Standpunkt des Gesetzgebers.

12) So Regelsberger, civilrechtliche Erörterungen, Heft 1. S. 33 fg., Brinz, Pandekten §. 362 a. E., Drechsler, Schadensersatz bei nichtigen Verträgen S. 58 fg., die jedoch in den Consequenzen, welche sie aus dem Princip ziehen, theilweise von Windscheid abweichen. — Im Wesentlichen kommt, wie mir scheint, auf dasselbe hinaus die Ansicht derjenigen, welche die Schadensersatzpflicht auf die bona fides gründen. Die Forderung der bona fides, um welche

Windscheid stellt den allgemeinen Satz auf, „daß jeder Vertragschließende einstehen muß für die nachtheiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages, insofern dieses Zustandekommen durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Gegner nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist." Er muß nach Windscheid „für die Folgen dieses Vertrauens einstehen, eben weil er dasselbe in dem Gegner erregt, weil er ihn dazu bestimmt hat; durch diese Bestimmung übernimmt er die Garantie für die Folgen desselben."[13]) Er findet diesen Grundsatz für den Fall, daß etwas Unmögliches versprochen ist, in den von Ihering seiner Theorie zu Grunde gelegten Stellen anerkannt, von welchen er jedoch den §. 5. J. de emt. (3. 23) nicht mitanführt.[14]) Er findet ferner das in Rede stehende Einstehenmüssen den Grundsätzen entsprechend, welche die Römer in L. 15. D. mand. (17. 1) und L. 12. §. 2. D. de solut. (46. 3) in Betreff des Mandats aufstellen.[15]) Als Gegenstand der Klage sieht Windscheid, ebenso wie Ihering, das negative Interesse an.

Das Princip, welches Windscheid aufstellt, ist so formulirt, daß es nur auf solche Fälle Anwendung leiden kann, in welchen das Rechtsgeschäft nicht zu Stande gekommen ist. Man kann der Windscheid'schen Ansicht gegenüber sich nicht auf diejenigen Stellen berufen, welche für den Fall der Gültigkeit des Vertrages eine Schadensersatzpflicht nur wegen dolus in contrahendo anerkennen. Auch kann ich den Einwand, welcher von Köppen[16]) und Schott[17]) gegen diese Ansicht erhoben wird, nicht für begründet halten. Derselbe geht nicht so sehr gegen das aufgestellte Princip selbst, als vielmehr gegen eine einzelne Anwendung, welche Windscheid von seinem Princip macht, nämlich gegen die Anwendung auf den seine

---

es sich hier allein handeln kann, besteht eben darin, daß das Vertrauen nicht getäuscht werde.

13) Windscheid, Pandekten §. 307. Anm. 5. Vgl. auch §. 307. Anm. 10—12, §. 308. Anm. 5—8, §. 309. Anm. 5, §. 315. Anm. 7.

14) Der Grund liegt darin, daß Windscheid den §. 5. J. cit. so versteht, wie dies von mir (§. 6. Anm. 4) geschieht. Vgl. Windscheid, Pandekten §. 315. Anm. 5.

15) Der Gesichtspunkt des Mandats ist mit Beziehung auf eine specielle Frage bereits von Scheurl (Jahrbücher II. S. 274 fg.) geltend gemacht worden.

16) Jahrbücher XI. S. 303 fg.

17) Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 161 fg.

Offerte widerrufenden Offerenten. Es wird nämlich bemerkt, daß es nicht thunlich sei, die von Windscheid angenommene Entschädigungspflicht des widerrufenden Offerenten auf einen stillschweigenden Garantievertrag zu gründen, weil das Zustandekommen dieses in der Offerte liegenden stillschweigenden Garantievertrages consequenterweise an dieselben Voraussetzungen gebunden sein müsse, wie das Zustandekommen des offerirten Geschäfts selbst, und weil eben deshalb das stillschweigende Garantieversprechen in derselben Weise, wie die Offerte, von dem Widerruf betroffen werden müsse. Meiner Meinung nach liegt diesem Einwand eine irrige Auffassung der Windscheid'schen Ansicht zu Grunde, indem Windscheid die Garantie-Uebernahme, von welcher er spricht, keineswegs als ein zu seiner Vollendung der Acceptation bedürfendes Garantie*versprechen*, sondern als eine unmittelbar mit der Offerte und durch dieselbe begründete (aus der Erregung des Vertrauens in dem Gegner entspringende) Verpflichtung denkt.[18]) Ueberdies würde der Einwand nicht alle Fälle treffen, auf welche der Windscheid'sche Satz sich bezieht. Es fragt sich aber, ob die Ansicht von Windscheid in den Quellen eine genügende Begründung findet, ob wirklich eine solche stillschweigende Garantie-Uebernahme, wie Windscheid sie statuirt, nach den Quellen allgemein angenommen werden kann.

Ueber L. 8. §. 1. D. de relig. (11. 7), L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1) und L. 8. D. de hered. vend. (18. 4) habe ich mich oben (§. 6) bereits ausführlicher ausgesprochen. Ein *allgemeines* Princip läßt sich aus diesen Stellen meiner Ueberzeugung nach *nicht* ableiten. Für viel bedeutsamer halte ich die Bestimmungen des römischen Rechts über das Mandat, auf welche Windscheid nach dem Vorgange von Scheurls sich beruft. Auf diese Bestimmungen läßt sich auch nach meiner Meinung in vielen

18) Daß eine solche Verpflichtung an sich denkbar ist, läßt sich nicht bestreiten. Drechsler a. a. O. S. 28 fg. beruft sich in dieser Beziehung nicht ohne Grund auf L. 34. §. 3. D. de solut. (46. 3). Wer einen Generalprocurator bestellt, ermächtigt dadurch seine Schuldner, an diesen zu zahlen und muß die Zahlungen gelten lassen, auch wenn er inzwischen ohne Wissen der Schuldner das Mandat widerrufen haben sollte. Hier liegt auch eine Garantie-Uebernahme den Schuldnern gegenüber vor, ohne daß von einem Garantie*vertrage* die Rede sein kann. Ferner kommt es auch nicht darauf an, ob der Betreffende eine Garantie hat übernehmen *wollen*, ob er überhaupt daran gedacht hat; es genügt, daß in seiner Handlung unmittelbar eine solche Garantie-Uebernahme gefunden werden muß.

der Fälle, auf welche das von Windscheid aufgestellte Princip sich bezieht, ein Anspruch auf Schadensersatz gründen. Aber einen so allgemeinen Satz, wie den von Windscheid aufgestellten, vermag ich daraus nicht abzuleiten. Daß der Mandatar berechtigt ist, von dem Mandanten Schadensersatz zu fordern, beruht darauf, daß er von dem Letzteren zu dem Thun veranlaßt worden ist, welches für ihn Aufopferungen ꝛc. zur Folge gehabt hat. Die Anwendung der Bestimmungen über das Mandat setzt daher eine ausdrücklich oder mindestens stillschweigend erfolgte Aufforderung zu einer Thätigkeit voraus und kann nie weiter führen, als zu einem Anspruch auf Erstattung des Schadens, welcher in Folge der auf diese Weise veranlaßten Thätigkeit eingetreten ist, also namentlich der zu diesem Behuf gemachten Aufopferungen. Ein Einstehenmüssen für alle nachtheiligen Folgen des in dem Gegner erregten Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages oder, was auf dasselbe hinauskommt, ein Anspruch des Gegners auf Leistung des negativen Interesses läßt sich aus den in Betreff des Mandats geltenden Grundsätzen nicht ableiten. — Hieraus ergiebt sich auch, daß man sich nicht zugleich auf die Grundsätze über das Mandat und die L. 8. §. 1. D. de relig., L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. und die L. 8. D. de hered. vend. berufen kann, da die beiden letzten Stellen (die L. 8. cit. allerdings nur in ihrer Verbindung mit der darauf folgenden L. 9) von einem Anspruch auf Erstattung des Interesses handeln.

In einem neuerdings von ihm herausgegebenen Programm scheint es Windscheid selbst zweifelhaft geworden zu sein, ob der von ihm aufgestellte Grundsatz wirklich zu einer Verpflichtung zur Erstattung des negativen Interesses führt und nicht vielmehr nur zu einer Verpflichtung, dem Gegner die gemachten Aufopferungen zu erstatten.[19]) Er ist aber auf diese Frage nicht näher eingegangen, indem die Schrift ihrem Zwecke nach sich wesentlich mit dem Verhältniß zwischen Willen und Willenserklärung beschäftigt.

Bähr, zu dem ich mich jetzt wende, beschäftigt sich in seiner Abhandlung: „über Irrungen im Contrahiren“ [20]) hauptsächlich mit

19) Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 21. 24. 37.

20) Jahrbücher XIV. S. 393 fg. Vgl. auch die frühere Abhandlung von Bähr in den Jahrbüchern VI. S. 286 fg.

der Frage, welche Bedeutung dem inneren Willen im Verhältniß zur Erklärung beizulegen sei. Indem er davon ausgeht, daß jeder Contrahirende sich sagen müsse, daß sein innerer Wille von dem Gegenüberstehenden nur nach der äußern Erscheinung dieses Willens bemessen werden könne, stellt er den Satz auf:

„Wer beim Contrahiren in einer ihm zuzurechnenden Weise[21]) die äußere Erscheinung seines Willens hervorruft, so daß der ihm Gegenüberstehende bona fide Rechte daraus erlangt zu haben glaubt und glauben darf, wird mit seiner Behauptung, daß ihm in Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt habe, gar nicht gehört."

Insofern der Vertrag hiernach als gültig und zwar als gültig mit dem von dem eventuell schadenleidenden Theil ihm zugeschriebenen Inhalt anzusehen ist, bedarf es nicht einer besonderen Hülfe, wie Ihering sie durch seine Theorie von der culpa in contrahendo hat schaffen wollen. Und da ferner für die Fälle, in denen der Gegenüberstehende wußte oder wissen mußte, daß der Erklärung ein entsprechender Wille nicht zu Grunde liege, von einem Anspruch auf Entschädigung nicht die Rede sein kann, so wird, wenn man den von Bähr aufgestellten Satz annimmt, das Gebiet, für welches die Ihering'sche Theorie von Bedeutung sein kann, wesentlich beschränkt. Die Ihering'sche Theorie als solche wird aber durch die eben erwähnten Ausführungen von Bähr nicht getroffen. Bähr hätte dieselbe trotz dieser Ausführungen als völlig richtig anerkennen können. Dies hat er jedoch nicht gethan; er ist vielmehr der Meinung, daß der Begriff des negativen Interesses einerseits nur sehr wenig praktikabel, andrerseits dem römischen Recht fremd sei. Er beruft sich in dieser Beziehung theils darauf, daß es in den meisten Fällen unmöglich sei, zu beweisen, was geschehen sein würde, wenn dies oder jenes nicht stattgehabt hätte, theils darauf, daß das negative Interesse unter Umständen mehr betragen könne, als die Vertragsverpflichtung[22]) und daß doch nie mehr von den Contrahenten ge-

---

21) Wobei es übrigens nach Bähr auf ein eigentliches Verschulden nicht ankommt. Vgl. Jahrbücher XIV. S. 407.

22) Wie z. B., wenn der irrig bestellte Kutscher nachweisen kann, daß ihm gleich nachher eine Fahrt habe übertragen werden sollen, welche das Doppelte eingebracht haben würde. Bähr, Jahrbücher VI. S. 306.

fordert werden könne, als was ihnen kraft des von ihnen für wahr angenommenen Contracts zukomme[23]).

Die Ansicht, welche Bähr über das Verhältniß von Wille und Erklärung aufstellt, vermag ich nicht zu theilen, wenn ich auch dafür halte, daß Ihering in manchen Fällen eine Richtigkeit des Geschäfts annimmt, in welchen dies nicht gerechtfertigt sein dürfte. Mit Bährs Ausführungen über das negative Interesse kann ich nur in so weit übereinstimmen, als auch nach meiner Ansicht der Schadensersatz, der in dem Fall der Ungültigkeit des Vertrags zu leisten ist, keineswegs immer, wie Ihering und Windscheid annehmen, in dem negativen Interesse besteht. Ich kann aber Bähr nicht zugeben, daß der Begriff des negativen Interesses als unpraktikabel und dem römischen Recht fremd zu verwerfen sei. Meiner Ansicht nach findet der Begriff des negativen Interesses seine Anerkennung in den Bestimmungen über die ädilitische actio redhibitoria, welche ja eben darauf gerichtet ist, Alles in die Lage zu bringen, als ob der Kaufvertrag nicht abgeschlossen wäre, wobei nur die Beschränkung eintritt, daß der Verkäufer der Leistung des auf diese Weise berechneten d. h. des negativen Interesses dadurch entgehen kann, daß er den Kaufpreis nebst Zinsen zurückzahlt und auf den Rückempfang der verkauften Sache verzichtet. Ich halte ferner den Begriff des negativen Interesses für ganz unentbehrlich. Ich wüßte wirklich nicht, worauf anders der Ersatzanspruch gerichtet werden sollte, wenn wegen doloser Verleitung zur Abschließung eines Vertrages auf Rescission desselben geklagt wird. Auch scheint mir das, was Bähr gegen die praktische Brauchbarkeit des Begriffs bemerkt hat, nicht richtig zu sein. Wer das negative Interesse zu fordern berechtigt ist, kann zunächst jedenfalls die Erstattung des positiven Schadens verlangen, den er durch Abschließung des Geschäfts erlitten hat, und den er, falls von dem Geschäft nicht die Rede gewesen wäre, nicht erlitten haben würde. Die Schwierigkeit des Beweises ist hier nicht größer, als bei allen anderen Interesseforderungen. Außerdem kann unter Umständen auch ein lucrum cessans in Betracht kommen. Dieses wird freilich in vielen Fällen sehr schwer zu beweisen sein. Die Beweisschwierigkeit findet sich aber auch sonst in den Fällen, in welchen ein lucrum cessans in Anspruch genommen wird. Und wenn man im Allgemeinen, wo

---

23) Bähr, Jahrbücher VI. S. 306. XIV. S. 422 fg.

ein Anspruch auf das Interesse begründet ist, das lucrum cessans zuläßt, so ist nicht einzusehen, weshalb es in den Fällen, wo das Interesse darin besteht, daß von einem Vertrage gar nicht die Rede gewesen wäre, ausgeschlossen sein sollte; noch weniger vermag ich einzusehen, weshalb aus diesem Grunde der Begriff des negativen Interesses ganz verworfen werden kann. Kann der Betheiligte das lucrum cessans nicht beweisen, wie dies häufig der Fall sein wird, so versteht es sich von selbst, daß er dasselbe nicht erstattet bekommt; soviel steht aber fest, daß der Schaden, den Jemand durch das Verhalten eines Anderen erlitten hat, auch darin bestehen kann, daß ihm ein Gewinn entgangen ist, und es liegt doch kein Grund vor, weshalb nicht in einem solchen Fall derjenige, der vollen Schadensersatz zu verlangen berechtigt ist, auch diesen Schaden, falls er ihn beweisen kann, sollte in Anspruch nehmen können.

Wenn Bähr außerdem bemerkt, daß das negative Interesse unter Umständen bedeutender sein könne, als das Erfüllungsinteresse, so ist dies nicht zu bestreiten. Es ist ferner richtig, daß, wo es sich nur um eine gewöhnliche Schadensersatzklage handelt, der betreffende Contrahent nie mehr verlangen kann, als er gehabt haben würde, wenn der Vertrag mit dem von ihm angenommenen Inhalte wirklich zu Stande gekommen wäre. Deshalb haben denn auch Einige angenommen, daß in den Fällen, in welchen das negative Interesse den Betrag des Erfüllungsinteresses übersteigen würde, nur der letztere Betrag gefordert werden könne. Ich kann dieser Art, dem Einwande von Bähr zu begegnen, nicht beistimmen. Es liegt allerdings zu Tage, daß in vielen Fällen, in welchen Ihering und Andere einen Anspruch auf das negative Interesse annehmen, es geradezu absurd wäre, dem Betheiligten einen über den Betrag des Erfüllungsinteresses hinaus gehenden Schadensersatz zuzubilligen. Meines Erachtens sind dies aber theils solche Fälle, in welchen der richtigen Ansicht nach das Geschäft als gültig und demnach ein Anspruch direct auf Erfüllung des Vertrages oder auf das Erfüllungsinteresse anzunehmen ist, theils solche Fälle, in welchen ein Anspruch auf Schadensersatz überhaupt nicht anzuerkennen ist, theils endlich Fälle, in welchen zwar eine Klage auf Schadensersatz begründet ist, dieser Schadensersatz aber nicht nach den für das negative Interesse geltenden Grundsätzen, sondern in einer wesentlich anderen Weise zu berechnen ist [24]). Nach meiner Ansicht kann ein

24) Vgl. unten die Ausführungen über das Mandat.

Anspruch, der schlechthin (ohne eine solche Beschränkung, wie sie namentlich bei der actio redhibitoria gilt) auf das negative Interesse gerichtet ist, nur anerkannt werden, wo eine dolose Verleitung zur Abschließung des Vertrages stattgefunden hat. Die Klage, welche in diesem Fall dem Betrogenen zusteht, kann aber nicht lediglich als eine gewöhnliche Schadensersatzklage angesehen werden; sie ist vielmehr eine Restitutionsklage und der Beklagte kann sich ihr gegenüber dadurch, daß er sich zur Leistung des Erfüllungsinteresses erbietet, nicht von der Verpflichtung befreien, das den Betrag dieses Interesses übersteigende negative Interesse zu leisten. Der Betrüger muß den Betrogenen schlechthin in die Lage versetzen, in welcher er ohne die betrügerische Verleitung gewesen wäre [25]).

Wende ich mich jetzt zu der Frage, wie die Praxis sich zu den aufgestellten Theorien gestellt hat, so vermag ich darüber nur sehr wenig zu bemerken. In dem Seuffert'schen Archiv finden sich mehrfache (übrigens meist aus der Zeit vor der Ihering'schen Abhandlung herrührende) Entscheidungen, welche von dem Verkauf fehlerhafter Sachen und von der Haftpflicht des Vermiethers einer fehlerhaften Sache handeln. Man wird auf Grund dieser Entscheidungen annehmen können, daß die Ihering'sche Theorie für die Fälle, in welchen der Vertrag an sich gültig ist, wenigstens im Allgemeinen keinen Eingang in die Praxis gefunden hat [26]). Dagegen finden sich in dem Seuffert'schen Archiv nur sehr wenige Entscheidungen, welche auf den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, also auf die Fälle, auf welche die Ihering'sche Theorie vorzugsweise berechnet ist, sich beziehen. Soviel ich habe finden können, sind es nur zwei höchste Gerichte, von welchen darauf bezüg-

---

25) Vgl. unten die Ausführungen im Anhang I. über die Klage des betrogenen Contrahenten auf Rescission des Geschäfts.

26) Vgl. Seuffert, Archiv II. 23. IV. 27. 104. VII. 25. VIII. 41. XVI. 181, 214. XVII. 229 XXVIII. 21. Die Entscheidung bei Seuffert, Archiv XXXII. 120 ist ohne Hinzufügung der Gründe mitgetheilt, so daß daraus die Ansicht des Gerichts nicht mit Bestimmtheit ersehen werden kann; überdies dürfte es sich fragen, ob es in dem fraglichen Fall sich um eine culpa in contrahendo und nicht vielmehr, wie in dem Fall, der bei Seuffert, XXXII 193 mitgetheilt wird, um eine culpa bei Erfüllung des Contracts gehandelt hat. Die fragliche Entscheidung ist aus Heusers Annalen entnommen, dort aber in gleicher Kürze mitgetheilt worden.

liche Entscheidungen im Seuffert'schen Archiv mitgetheilt sind, das Obergericht in Wolfenbüttel und das Reichsoberhandelsgericht.

Von dem ersten Gericht ist eine Entscheidung mitgetheilt, in welcher die Ihering'sche Theorie für die Fälle eines nichtigen oder hinfällig gewordenen Vertrages vollständig adoptirt wird [27]); dagegen hat dasselbe Gericht in einem späteren Erkenntniß die Ihering'sche Ansicht wieder verlassen und sich dahin ausgesprochen, daß der Verkäufer im Fall der Nichtigkeit des Vertrages nur wegen dolus und nicht entschuldbaren Irrthums (lata culpa) zur Erstattung des negativen Interesses verpflichtet sei [28]).

Das Reichsoberhandelsgericht hat bei Entscheidung eines Falles, in welchem das Geschäft für nichtig erklärt wurde, ohne sich bestimmt für die Ihering'sche oder Windscheid'sche Theorie zu erklären, doch für eine diesen Theorien entsprechende Haftung des Verkäufers sich ausgesprochen [29]); es ist aber wohl zu beachten, daß in dem zur Frage stehenden Fall Nichts darauf ankam, ob man eine dieser Theorien annahm oder nicht, weil der Kläger nach der Ansicht des Gerichts, ganz abgesehen davon, abgewiesen werden mußte, da er in Betreff des Umstandes, welcher die Nichtigkeit des Geschäfts zur Folge gehabt hatte, in einem nicht entschuldbaren Irrthum sich befunden hatte.

---

27) S. Seuffert, Archiv XXI. 29. Zur Begründung der Ihering'schen Ansicht werden in diesem Erkenntniß noch L. 6. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1), L. 16. D. de in diem addict. (18. 2), L. 4. pr. D. de lege comm. (18. 3), L. 6. D. de rescind. vend. (18. 5) angeführt. Diese Stellen handeln aber nicht von einem Anspruch auf das negative Interesse, sondern nur ganz im Allgemeinen von der Zulässigkeit der Contractsklage in den Fällen, in welchen der Kaufvertrag in Folge einer hinzugefügten Resolutivbedingung hinfällig geworden ist, sowie davon, daß der Käufer in diesem Fall die Früchte mit der Sache zu restituiren hat.

28) Seuffert, Archiv XXXI. 129. Das hier mitgetheilte Erkenntniß bezieht sich auf einen Kaufvertrag über eine res extra commercium, der in demselben für nichtig erklärt wird. In einem spätern Erkenntniß (Seuffert XXXII. 123) hat das Obergericht zu Wolfenbüttel die Ansicht angenommen, daß der Kaufvertrag über eine res extra commercium gültig sei.

29) Seuffert, Archiv XXX. 238.

II. Dogmatische Darstellung und Casuistik.

§. 8.

Einleitung. — Stipulation.

Die bisherigen Ausführungen verfolgten wesentlich einen negativen Zweck, indem sie gegen die in neuerer Zeit aufgestellten Ansichten gerichtet waren. Wenn ich mich jetzt zur Darstellung der eigenen Ansicht wende, so muß ich dabei theilweise einen anderen Weg einschlagen, als denjenigen, welcher bisher eingeschlagen ist. Meiner Meinung ist es nämlich durchaus nöthig, die verschiedenen Arten der obligatorischen Verträge gesondert ins Auge zu fassen. Es sind in dieser Beziehung aber zu unterscheiden:

1. die auf einer lucrativa causa beruhenden Verträge,
2. die auf einer causa onerosa beruhenden Verträge.

In dem Nachfolgenden werde ich auf die einzelnen Verträge in der angegebenen Reihenfolge eingehen, dabei aber die Frage, ob die lata culpa bei Abschließung des Vertrages dem dolus gleichsteht, völlig bei Seite lassen. Die Erörterung dieser Frage, welche ich trotz der Ausführungen von Ihering fortwährend bejahe, würde nur den Zusammenhang unterbrechen und bleibt daher besser einer besonderen Ausführung vorbehalten.[1]) Bevor ich aber der obigen Anordnung zufolge mich zu den lucrativen Geschäften wende, will ich zuvörderst in der Kürze die Grundsätze angeben, welche in Betreff der Stipulation gelten.

---

1) Um etwaigen Mißverständnissen vorzubeugen, bemerke ich, daß ich, wenn ich im Nachfolgenden von einer Haftung nur für dolus spreche, dadurch nur die levis culpa ausschließe. Ich folge in dieser Beziehung dem Sprachgebrauch der Quellen, welche auch von einer Haftung für dolus solus oder dolus dumtaxat sprechen, wo zugleich für lata culpa gehaftet wird.

Die Stipulation kann ebensowohl auf einer causa onerosa, wie auf einer causa lucrativa beruhen; auf diesen Unterschied scheint aber, wie dies auch dem Charakter dieses Contracts entspricht, (wenigstens im Allgemeinen) keine Rücksicht genommen zu sein.

Die Contrahenten sind nicht verantwortlich für levis culpa in contrahendo, sie haften vielmehr nur dann, wenn sie sich eines dolus bei Abschließung des Contracts schuldig gemacht haben. Die Klage, welche dem getäuschten Contrahenten zusteht, ist die actio doli, sei es daß der Contract nichtig ist und daß der Getäuschte allein auf das negative Interesse klagen kann, sei es, daß der Contract an sich gültig ist und daß der Getäuschte wegen des dolus des Mitcontrahenten auf Rescission des Contracts klagen will.[2]) Der letzte Satz erleidet jedoch eine Ausnahme für die Fälle, wo die doli clausula in die Stipulation aufgenommen ist, indem alsdann nicht die actio doli, sondern die actio ex stipulatu wegen dolus in contrahendo gegeben wird.[3])

Der Satz, daß die Contrahenten für eine levis culpa, deren sie sich bei Abschließung der Stipulation schuldig machen, nicht zur Verantwortung gezogen werden können, wird freilich in den Quellen nicht ausdrücklich bestätigt; dennoch kann derselbe keinem gegründeten Zweifel unterliegen.[4])

Die actio ex stipulatu wurde nur zugelassen, wo es sich um Erfüllung der durch die Stipulation begründeten Verbindlichkeiten (bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung derselben) handelte; und zwar wurde in Folge der, bei der Stipulation zur Anwendung

---

2) Diese Ansicht habe ich schon bei der Herausgabe der ersten Abtheilung meiner Beiträge zum Obligationenrecht gehabt und es ist durchaus zufällig, daß ich mich dort nicht ausdrücklich über den gedachten Punkt ausgesprochen habe. Die Meinung von Brinz (krit. Ueberschau V. S. 292), daß ich die actio ex stipulatu für die in den fraglichen Fällen zulässige Klage gehalten hätte, beruht auf einem Irrthum. Dies ergiebt sich daraus, daß ich schon damals die Haftung in den gedachten Fällen für eine außercontractliche hielt (vgl. meine Beiträge I. S. 107—109, S. 116, S. 136 Anm. 6) und daß ich die Zulassung der actio emti wegen dolus in contrahendo aus der weiten Ausdehnung, in der die römischen Juristen die Contractsklagen aus bonae fidei Contracten zuließen, erklärte (vgl. ebendaselbst S. 124).

3) Dies geht aus L. 1. §. 4. L. 7. §. 3. D. de dolo (4. 3) hervor. Vgl. auch L. 22. D. de V. O. (45. 1).

4) Damit stimmt auch Ihering (Jahrbücher IV. S. 55) überein.

gebrachten, streng buchstäblichen Auslegung des Contracts der Kreis der contractlichen Verpflichtungen so enge gezogen, daß man in manchen Fällen, in denen bei einer freieren Auslegung eine Verletzung der durch den Contract begründeten Verbindlichkeiten hätte angenommen werden müssen, doch die actio ex stipulatu ausschloß und nur eine actio doli zuließ.[5]) Es kann unter diesen Umständen nicht zweifelhaft sein, daß die römischen Juristen auch in unseren Fällen die actio ex stipulatu ausschlossen und nur eine Delictsklage zuließen, vorausgesetzt, daß die Bedingungen einer solchen vorlagen. Ist dieses aber als feststehend anzusehen, so muß man zugleich annehmen, daß nur eine Haftung wegen dolus in contrahendo stattfand. Denn die einzige Delictsklage, welche hier in Frage kommen kann, ist die actio doli und demgemäß wird denn auch in den Quellen nur auf diese Klage hingewiesen.[6])

---

§. 9.

Lucrative Geschäfte. — Mandat. Depositum.

Die auf einer causa lucrativa beruhenden Verträge zerfallen in zwei Klassen. Als Repräsentanten der einen Klasse sind das Mandat und das Depositum, als Repräsentanten der anderen Klasse das Schenkungsversprechen und das Commodat zu bezeichnen.

Bei den Verträgen der ersten, wie der zweiten Klasse kann der Anstoß zum Geschäft eben so gut von dem einen, wie von dem anderen Contrahenten ausgehen. Sehen wir jedoch lediglich auf

---

5) Vgl. in dieser Beziehung L. 95. §. 1. D. de solut. (46. 3). L. 7. §. 3. D. de dolo (4. 3.) und L. 19. eod. In dem Fall der letzten Stelle wurde jedoch später die actio ex stipulatu zugelassen. L. 88. D. de V. O. (45. 1).

6) Vgl. die in den vorigen Anmerkungen citirten Stellen. Dagegen kann man sich auch nicht auf die L. 36. D. de V. O. (45. 1) berufen. Hier wird ein Fall besprochen, in welchem die bei Abschließung der Stipulation gebrauchten Worte dem Inhalte der Vereinbarung, die durch die Anwendung der Stipulationsform bindende Kraft erhalten sollte, nicht entsprachen. In diesem Fall hat der Schuldner nicht bloß dann eine Einrede gegen die actio ex stipulatu, wenn der Stipulator doloser Weise in den Stipulationsworten von dem Inhalt der Vereinbarung abgewichen ist, sondern eben so sehr, wenn die Stipulation aus Versehen eine dem Vertragswillen nicht entsprechende Fassung erhalten hat.

den eigentlichen Act der Abschließung des Vertrages, so zeigt sich ein wesentlicher Unterschied.

Bei der Abschließung der Verträge der zweiten Klasse (dem Schenkungsversprechen und dem Commodat) besteht die Thätigkeit desjenigen, auf dessen Vortheil das Geschäft berechnet ist, allein in der Annahme des von dem Mitcontrahenten Dargebotenen[1]). Bei der Abschließung der Verträge der ersten Klasse dagegen tritt derjenige, auf dessen Vortheil das Geschäft berechnet ist, als der vorzugsweise Thätige auf, während hier die Thätigkeit des Mitcontrahenten bei der Vertragsschließung allein in einer Annahme (Uebernahme der Thätigkeit, des Dienstes, worauf der Vertrag gerichtet ist) besteht. Bei den Verträgen der ersten Klasse ist es also der Wille desjenigen, auf dessen Vortheil das Geschäft berechnet ist, bei den Verträgen der zweiten Klasse der Wille des die Liberalität Uebenden, der als das eigentliche agens bei der Vertragsschließung sich darstellt. Wie bedeutsam dieser Unterschied für unsere Frage ist, wird die fernere Ausführung ergeben.

Bei dem Mandat, zu dem ich mich zuerst wende, stellt dem eben Bemerkten zufolge die Thätigkeit des Mandatars bei Abschließung des Vertrages sich nur als eine an die Thätigkeit des Mandanten sich anschließende Thätigkeit dar. So erklärt es sich, daß man, wenn man bei dem Mandat von einer Haftung für culpa in contrahendo spricht, immer fast ausschließlich an den Mandanten denken wird. Wo es sich um eine Verpflichtung des Mandatars zum Schadensersatz handelt, wird diese regelmäßig in Umständen ihren Grund haben, welche dem Abschluß des Mandats nachfolgen. Jedoch kann selbstverständlich eine culpa in contrahendo auch auf Seiten des Mandatars vorkommen.

In der Annahme des Auftrages kann ein dolus oder eine culpa liegen, wenn der Mandatar wußte oder wissen konnte, daß das ihm aufgetragene Geschäft dem Mandanten schädlich sein werde. Außerdem kann namentlich auch dann ein dolus oder eine culpa

---

1) Bei dem Commodat ist dies völlig klar und ebenso bei dem Schenkungsversprechen, wenn wir dabei allein auf das heutige Recht sehen. Bei den Römern verhielt es sich, solange die Stipulation die nothwendige Form für das Schenkungsversprechen war, allerdings anders, indem die Stipulationsform es mit sich brachte, daß derjenige, der durch den Vertrag Schuldner werden sollte, ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegende causa obligationis immer als der Acceptant erschien.

des Mandatars vorkommen, wenn dieser durch ein Erbieten von seiner Seite oder durch Ertheilung eines Raths den Mandanten zur Abschließung des Vertrages (Ertheilung des Auftrages) veranlaßt hat. Es fragt sich nun: wofür haftet der Mandatar bei Abschließung des Vertrages? Meiner Meinung nach kann darüber kein Zweifel obwalten.

Man kann offenbar nicht verlangen, daß derjenige, dem ein Auftrag ertheilt wird, bevor er denselben annimmt, Nachforschungen darüber anstellt, ob die Ausführung des Auftrages auch im wahren Interesse des Mandanten liegt. Er kann sich dabei beruhigen, daß der Mandant selbst am besten wissen werde, was ihm nützlich sei. Nur im Fall der dolosen Uebernahme eines nachtheiligen Geschäfts kann eine Haftung des Mandatars angenommen werden. Wollte man ein Anderes annehmen, so würde dies gerade für die Sicherheit des Verkehrs im höchsten Grade bedenklich sein.

Dasselbe muß auch dann gelten, wenn der Mandatar durch ein Erbieten von seiner Seite oder auf andere Weise die erste Veranlassung zur Abschließung des Mandats gegeben hat. Denn ein solches Erbieten zur Ausführung eines eventuellen Auftrages u. s. w. hat an sich durchaus keinen obligatorischen Charakter; es ist nichts weiter, als ein bloßes consilium, bei dem nur eine Haftung wegen dolus angenommen wird [2]).

Während dem Vorstehenden gemäß der Mandatar bei Abschließung des Vertrages nur für dolus haftet, mithin nicht in gleicher Weise, wie bei Ausführung des Mandats, verhält es sich mit dem Mandanten anders. Weil der Mandant es ist, dessen Wille als das eigentlich Bestimmende bei Abschließung des Vertrages erscheint, weil er es ist, der eben damit zugleich den Mandatar zu der dem Auftrage entsprechenden Thätigkeit veranlaßt, muß der Mandant dem Mandatar, wenn dieser in Folge der Uebernahme des Mandats einen Schaden erleidet, diesen ersetzen. Was den Mandanten verpflichtet, ist nicht ein Verschulden von seiner Seite, sondern die Ertheilung des Auftrages als solche, und es kommt daher auch nicht darauf an, ob der Schaden, welchen der Mandatar erlitten hat, seinen Grund in Umständen hat, welche bereits zur Zeit der Ertheilung des Mandats vorhanden waren, oder in Umständen, welche erst später eingetreten sind.

---

2) L. 47. pr. D. de R. J. (50. 17).

In der L. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2) giebt Africanus als Grund für die Verpflichtung des Mandanten zum Schadensersatz an: „justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset.“ Das ist es also, worauf es allein ankommt, daß der Schaden in Folge des Mandats eingetreten ist; darauf, ob dem Mandanten eine culpa zur Last fällt, kommt es nicht an. Nur dann braucht der Mandant den Schaden nicht zu ersetzen, wenn der Mandatar denselben durch Anwendung der diligentia eines diligens paterfamilias hätte abwenden können [3]).

Demgemäß muß derjenige, der den Auftrag gegeben hat, einen bestimmten Sclaven zu kaufen, den Mandatar, falls dieser von dem in Folge des Auftrages gekauften Sclaven bestohlen wird, schlechthin (unter Ausschluß der noxae datio) entschädigen, selbst wenn er nicht gewußt hat, daß der Sclave ein Dieb sei. Dies ist die Entscheidung, zu deren Begründung Africanus den erwähnten Grundsatz aufstellt. Derselbe Grundsatz wird auch in verschiedenen anderen Anwendungen in den Quellen anerkannt [4]).

Der Mandant haftet in dem eben angeführten Fall nach den ausdrücklichen Worten des Africanus, „etiam si ignoraverit furem esse.“ Die Ersatzklage des Mandatars ist also nicht dadurch bedingt, daß der Mandant bei Ertheilung des Auftrages sich eines dolus schuldig gemacht hat. Und eben so wenig können wir eine culpa des Mandanten für nöthig halten. Zwar sagt Africanus am Schluß der L. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2):

---

3) Diese Ausnahme wird von Africanus in dem §. 7. der L. 61. cit. besonders hervorgehoben; sie ergiebt sich aus den allgemeinen Regeln über den Schadensersatz. L. 203. D. de R. J. (50. 17).

4) Vgl. L. 67. D. de fidejussoribus (46. 1) und L. 15. D. mandati (17. 1). — Nach der ersten Stelle kann der Bürge, wenn er injuria judicis verurtheilt ist und nicht durch seine culpa die Fällung des unrichtigen Urtheils veranlaßt hat, mit der actio mandati contraria gegen den Hauptschuldner auf Ersatz klagen. Nach der zweiten Stelle hat der Mandatar die actio mandati contraria, wenn er nach erfolgtem Widerruf des Mandats, aber ehe derselbe zu seiner Kunde gelangt ist, das ihm aufgetragene Geschäfts ausgeführt hat, „ne damno afficiatur is, qui mandatum suscepit.“ Auf einige andere Anwendungen, welche sich in L. 17. pr. D. de in rem verso (15. 3) und L. 8. §. 8. D. mandati (17. 1) finden, hat Ihering a. a. O. S. 37. Anm. 35. aufmerksam gemacht; die gleichfalls von ihm angeführte L. 29. §. 2. D. mandati (17. 1) dürfte nicht hierher gehören, indem hier ein Fall wirklicher culpa vorliegt.

„Et sicut in superioribus contractibus, venditione, locatione, pignore, dolum ejus, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his [mandato et deposito] culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. Nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter ejus, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret.“

Diese Worte dürfen aber, wie ich Ihering zugebe[5]), nicht so verstanden werden, als ob Africanus die Haftung des Mandanten auf die Fälle einer eigentlichen culpa hätte beschränken wollen. Es ist nicht zu bezweifeln, daß er den Mandanten ohne Rücksicht auf die etwaige Entschuldbarkeit seiner Unkenntniß will haften lassen. Demzufolge sagt er denn auch schlechthin: „nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit.“ Müssen wir nun auch sagen, daß der letzte Satz in dieser Allgemeinheit unrichtig ist, daß also Africanus hier einen unrichtigen Gesichtspunkt hineingezogen hat, so macht dieses doch in Beziehung auf das Resultat keinen Unterschied.

Auf den Fall der culpa kann man also die Haftung des Mandanten nicht beschränken; dagegen wird man allerdings eine andere Beschränkung machen müssen. Wie diese zu fassen, ist sehr zweifelhaft; meiner Meinung nach dürfte es darauf ankommen, was die Veranlassung des Schadens gewesen ist.

Der Schaden kann darin seinen Grund gehabt haben, daß das Mandat diesen bestimmten Inhalt gehabt hat, oder darin, daß der Mandatar das Mandat auf diese und nicht, wie er das auch hätte können, auf eine andere Weise ausgeführt hat. Den ersten Schaden muß der Mandant ersetzen ohne Rücksicht darauf, ob ihm eine culpa nachgewiesen werden kann; dagegen wird er einen Schaden der zweiten Art nicht immer und unbedingt zu ersetzen haben, sondern nur dann, wenn ihm in irgend einer Weise eine culpa zur Last fällt, wenn er die Gefahr wenigstens einigermaßen hätte vorhersehen können[6]).

---

5) Ihering a. a. O. S. 37 fg. — Meine frühere abweichende Ansicht (vgl. meine Beiträge III. S. 369. Anm. 16.) halte ich jetzt für unrichtig.

6) Dies ist wohl auch die Ansicht Iherings, wenn er a. a. O. S. 37 zwischen dem Schaden, den der Mandatar durch das aufgetragene Geschäft, und dem Schaden, den er bloß bei Gelegenheit der Ausführung desselben erlitten hat,

Legen wir die aufgestellte Unterscheidung zu Grunde, so muß, um bei dem Beispiel des Africanus stehen zu bleiben, der Mandant, wenn er den Auftrag ertheilt hat, einen bestimmten Sclaven zu kaufen, den Schaden ersetzen, den der Sclave durch Begehung eines Diebstahls dem Mandanten zugefügt hat; er kann sich, auch wenn er mit der schlechten Eigenschaft des Sclaven unbekannt gewesen ist, nicht durch noxae datio befreien. Hier ist der Schaden lediglich eine Folge davon, daß das Mandat diesen bestimmten Inhalt gehabt hat. Wenn dagegen der Auftrag nur ganz allgemein auf Ankauf eines Sclaven gerichtet war und nun der Mandatar den Sclaven Stichus gekauft hat, von dem er demnächst bestohlen ist, so kann man den aufgestellten Grundsätzen gemäß den Mandanten nicht für schlechthin ersatzpflichtig halten. Freilich wäre der Schaden für den Mandatar auch in diesem Fall nicht eingetreten, wenn er nicht den Auftrag erhalten und angenommen hätte. Der Schaden ist aber hier nicht lediglich eine Folge davon, daß das Mandat den und den Inhalt gehabt hat, sondern davon, daß der Mandatar das Mandat durch den Ankauf dieses Sclaven und nicht, wie er das hätte können, durch den Ankauf eines anderen Sclaven ausgeführt hat. Der Mandant wird sich in diesem Fall im Allgemeinen durch noxae datio des für ihn angekauften Sclaven von der Verpflichtung zum Schadensersatz befreien können.[7]) Daß dies auch die Meinung des

---

unterscheidet. Legt man die obige Unterscheidung zu Grunde, so wird z. B. der Mandatar, der auf einer zur Ausführung des Mandats unternommenen Reise beraubt ist, die Erstattung des Schadens nicht ohne Weiteres fordern können. Wenn aber zur Ausführung des Auftrages eine Reise durch eine unsichere Gegend nöthig und der Mandatar auf dieser Reise, die er unter Beobachtung der üblichen Vorsichtsmaßregeln gemacht hat, beraubt ist, so wird man den Mandatar nicht um deßwillen mit seiner Klage auf Schadensersatz abweisen können, weil er gerade diesen Tag zu seiner Reise gewählt hat und nicht, wie er das hätte können, einen anderen Tag, an dem er vielleicht nicht beraubt wäre. Hier konnte der Mandant das Gefährliche seines Auftrages vorhersehen und mußte von vornherein darauf gefaßt sein, etwaige Schäden, die in Folge davon eintreten würden, zu ersetzen. — Ob nicht die L. 17. pr. D. de in rem verso (15. 3) noch weiter geht, kann zweifelhaft sein. Jedenfalls wird dem billigen Ermessen des Richters ein erheblicher Spielraum zu lassen sein. Wenn der Schaden nur bei Gelegenheit der Ausführung des Mandats entstanden ist, aber nicht einmal mit der Art und Weise, wie das Mandat ausgeführt ist, in Beziehung steht, wenn es also feststeht, daß der Mandatar den Schaden in ganz gleicher Weise auch ohne das Mandat erlitten hätte, kann selbstverständlich von einer Ersatzpflicht des Mandanten nicht die Rede sein.

7) Anders selbstverständlich, wenn dem Mandanten eine culpa zur Last fällt,

Africanus ist, dürfte daraus hervorgehen, daß er in der L. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2) sehr bestimmt als Voraussetzung der Ersatzpflicht des Mandanten hervorhebt, daß der Auftrag auf Ankauf eines bestimmten Sclaven gerichtet gewesen sei (qui certum hominem emi mandaverit, qui talem servum emi sibi mandaverit).

Die eben aufgestellte Ansicht scheint mir am meisten der L. 61. §. 5. cit., sowie den sonst in Betreff des Mandats angenommenen Grundsätzen zu entsprechen. Es fragt sich aber, ob die L. 26. §§. 6. 7. D. mandati (17. 1) nicht in einer weiter gehenden Weise die Verpflichtung des Mandanten beschränkt. Diese Stelle, welche den Paulus zum Verfasser hat, lautet folgendermaßen:

> „Non omnia, quae impensurus non fuit, mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit; nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet. — Sed cum servus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait, mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit; quod si ego scissem, talem servum esse, nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc, quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet."

Der §. 6 würde, wenn er allein stände, keine so sehr große Schwierigkeit machen; man könnte dann annehmen, daß Paulus unter dem zufälligen Schaden, der nicht dem Mandat zuzurechnen ist, nicht jeden zufälligen Schaden überhaupt, sondern nur denjenigen verstände, der bei Ausführung des Mandats eingetreten ist, ohne in dem Inhalt des Mandats selbst seinen Grund zu haben, und daß er die Ausschließung der Ersatzpflicht in den fraglichen Fällen nur als **Regel** habe aussprechen wollen, ohne dabei zu verkennen, daß unter Umständen auch hier der Schaden dem Mandat zuzurechnen sei[8]). Die eigentliche Schwierigkeit entsteht durch den §. 7

wie namentlich, wenn er bei Zeiten erfahren hat, daß der Mandatar sein Augenmerk auf diesen Sclaven richte, und doch trotz seiner Kenntniß von der betreffenden Eigenschaft dieses Sclaven Nichts gethan hat, um den Ankauf desselben zu hindern oder wenigstens den Mandatar zu warnen.

8) C. F. Koch, Recht der Forderungen III. S. 471. sucht die Stellen in folgender Weise zu vereinigen. Er bemerkt: der Mandant müsse auch den Schaden ersetzen, der in Beziehung auf beide Theile zufällig, z. B. durch Gewalt eines

und es ist mir sehr zweifelhaft, ob derselbe sich mit der L. 61. §. 5. D. de furtis vereinigen läßt. Um dies zu erreichen, müßte man entweder annehmen, daß das Mandat, dessen im ersten Theil des §. 7 gedacht ist, nicht auf den Ankauf eines bestimmten Sclaven gerichtet gewesen sei oder daß Paulus durch die Art, wie er der noxae datio erwähnt, nicht eine Klage unter Ausschließung der noxae datio habe zurückweisen wollen, daß also hier ein Fall vorliege, wo das argumentum a contrario unzulässig sei. Das Eine, wie das Andere scheint mir aber, besonders auch im Hinblick auf den zweiten Theil des §. 7, bedenklich [9]). Wie dem aber auch sei,

Dritten, eingetreten sei, wenn der Beauftragte durch Vollziehung des ihm aufgetragenen Geschäfts der Gefahr sich hätte aussetzen müssen; wenn aber der Mandatar bei Gelegenheit der Geschäftsführung Gegenstände einbüße, die nicht dazu nöthig gewesen wären, deren Mitführung daher auch nicht nothwendig gewesen sei, so könne er dafür keinen Ersatz fordern; das Kriterium liege darin, ob der Gegenstand dem Zweck des Auftrages habe dienen sollen und müssen. — Ich verkenne nicht, daß hierin etwas Wahres liegt (vgl. auch Anm. 6); aber einestheils kann man doch den Ersatz, wo ein solcher eintritt, nicht auf die Gegenstände beschränken, die dem Zweck des Auftrags haben dienen sollen und müssen; anderntheils wird dadurch die L. 26. §. 6. cit., auf welche Koch sich beruft, nicht erklärt. Denn Paulus geht davon aus, daß der in Folge eines Schiffbruchs vom Mandatar erlittene Schaden in der Regel nicht ersetzt wird; man kann aber doch schwerlich annehmen, daß der Mandatar auf der Reise nur solche Sachen mit sich geführt hat, die zur Ausführung des Auftrags nicht nöthig waren. Die einzige Voraussetzung, welche man mit Bestimmtheit in die Stelle hineintragen kann, ist die, daß es eigene Sachen des Mandatars und nicht Sachen des Mandanten gewesen sind, die durch den Schiffbruch rc. verloren gegangen sind.

9) Für einen, sei es auch gezwungenen Vereinigungsversuch der L. 26. §§. 6. 7. D. mandati mit den übrigen Stellen könnte man sich auf die gleichfalls von Paulus herrührende L. 67. D. de fidejussor. (46. 1) berufen, in der es heißt: „Exceptione, quae tibi prodesse debebat, usus injuria judicis damnatus es; nihil tibi praestabitur jure mandati, quia injuriam, quae tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri aequius est; scilicet si culpa tua injustae damnationis causam praebuisti." In dieser Stelle wird anerkannt, daß der Mandant auch den in Folge des Mandats eingetretenen zufälligen Schaden zu ersetzen hat; es kann aber allerdings zweifelhaft sein, ob die entscheidenden Schlußworte der Stelle wirklich von Paulus herrühren oder von den Compilatoren hinzugefügt sind. Die Motivirung, daß es billiger sei, den zunächst von dem Unrecht Betroffenen den Schaden tragen zu lassen, als denselben einem Anderen aufzubürden, paßt nämlich überaus schlecht zu der Entscheidung, welche sich, wie die Stelle im corpus juris lautet, in derselben findet. — Unter diesen Umständen dürfte es gewagt sein, aus der L. 67. D. cit. auf die Ansicht des Paulus zu schließen; der Stelle selbst kann man aber um deswillen ihre Bedeutung für das Justinianische Recht nicht absprechen.

jedenfalls wird man bei der Entwickelung der für das Mandat geltenden Grundsätze die L. 61. §. 5. D. de furtis zu Grunde legen müssen, weil die in dieser Stelle enthaltene Entscheidung durch die analogen Entscheidungen anderer Stellen unterstützt wird.

Als Gegenstand der dem Mandatar zustehenden Ersatzklage wird von Ihering das negative Interesse angesehen. Er nimmt dies an, als ob eine andere Berechnung des Schadensersatzes hier nicht in Frage kommen könne.[10]) Letzteres ist aber keineswegs der Fall. Das Interesse ist nicht die einzige Art des Schadensersatzes und namentlich findet, wie ich in meinen Beiträgen (II. S. 37 fg.) ausgeführt habe, eine wesentlich andere Berechnung des Schadensersatzes statt, wenn es sich um die Erstattung von Auslagen und Verwendungen handelt, indem der Ersatzberechtigte hier nur die Erstattung des Werthes, den er für den Ersatzpflichtigen aufgeopfert hat, verlangen kann, die Erstattung dieses Werthes aber ihm auch dann zu Theil wird, wenn es vorliegen sollte, daß er denselben auch ohne die Aufwendung verloren haben würde.

Meiner Meinung nach sind bei der Berechnung des dem Mandatar zu leistenden Schadensersatzes die letzteren Grundsätze zur Anwendung zu bringen, so daß man also dasjenige, was der Mandatar in Folge des Mandats unabsichtlich einbüßt, nach denselben Grundsätzen ihm erstatten läßt, wie dasjenige, was er absichtlich zur Ausführung des Mandats verwendet. Wenn, um ein Beispiel anzuführen, A. dem B. aufgetragen hat, für ihn mit der nächsten Post nach X. zu reisen, um dort ein Geschäft für ihn abzuschließen, und B. unterwegs beraubt wird, so wird der Ersatz, den er fordern kann, sich meiner Ansicht nach auf den wahren Werth, den die geraubten Sachen damals hatten, beschränken müssen; eine später eingetretene Preissteigerung kommt dem Mandatar nicht zu statten. Nur dann, wenn der Mandant eines dolus sich schuldig gemacht hat, wird man dem Mandatar das Recht einräumen müssen, statt des eben erwähnten Schadensersatzes das negative Interesse (das Interesse, welches er daran hat, den Auftrag nicht erhalten zu haben) in Anspruch zu nehmen.[11]) Das Letztere ist deshalb anzunehmen,

---

10) Ihering a. a. O. S. 21 fg.

11) In manchen Fällen werden das negative Interesse und der vorher erwähnte Schadensersatz sich gleich sein; doch ist dies nicht immer der Fall. Das negative Interesse wird manchmal erheblicher sein, weil hier auch das lucrum cessans, insoweit es sich nachweisen läßt, in Anschlag kommt. Umgekehrt kann

weil bei dolosen Beschädigungen allgemein ein Anspruch auf das Interesse begründet ist.

Die aufgestellte Ansicht scheint mir der Natur des Mandatsverhältnisses und dem Charakter der actio mandati contraria am meisten zu entsprechen. Wer ein Mandat annimmt, unterzieht sich für den Mandanten nicht bloß denjenigen Auslagen und Kosten, die unmittelbar zur Ausführung des Mandats erforderlich sind, sondern indirect auch den sonstigen Nachtheilen, die mit der Ausführung des Mandats verbunden sein können, und es scheint mir daher (abgesehen von dem Fall eines dolus des Mandanten) kein Grund zu einer verschiedenen Berechnung des Ersatzes vorzuliegen.

In den Quellen findet sich nur eine Stelle, die sich über den Gegenstand, auf den die actio mandati contraria in den zur Frage stehenden Fällen geht, ausspricht[12]). Dies ist die oben bereits besprochene L. 26. §§. 6. 7. D. mandati. (17. 1). In dem §. 6 dieser Stelle heißt es:

> „Non omnia, quae impensurus non fuit, mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus“ cet.

Und sodann wird am Schluß des §. 7 gesagt:

> „Quod si ego scissem talem esse servum — — — tunc quanti tua intersit tantum tibi praestari oportet.“

In den zuerst abgedruckten Worten wird die Erstattung des Schadens, der durch Beraubung ꝛc. entstanden ist, falls der Mandant dazu verpflichtet wäre, auf gleiche Linie mit der Erstattung der Impensen gestellt; dagegen wird in den zuletzt abgedruckten Worten, die sich auf den Fall eines dolus beziehen, das (negative)

---

das negative Interesse auch geringer sein, wenn es vorliegt, daß der Mandatar die Gegenstände, für welche er Ersatz fordert, auch ohne daß das Mandat ihm ertheilt wäre, verloren haben würde, wie z. B. wenn das Haus des Mandatars während der von ihm in Folge des Mandats unternommenen Reise abgebrannt ist und das Feuer so rasch um sich gegriffen hat, daß gar nichts hat gerettet werden können. Vgl. meine Beiträge II. S. 37 fg. In einem solchen Fall kann es vortheilhaft sein, nicht auf das negative Interesse, sondern auf den in der anderen Weise zu berechnenden Schadensersatz zu klagen, und selbstverständlich kann sich, wenn der Mandatar dies thut, der dolose Mandant nicht auf seinen dolus berufen, um auf diese Weise eine ihm günstigere Berechnung des Schadensersatzes, nämlich die sonst in den Fällen des dolus stattfindende, durchzusetzen.

12) Die Worte der L. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2), daß der Mandatar keinen Schaden von seinem Dienst haben solle, sind zu unbestimmt, als daß man daraus für die Berechnung des Schadensersatzes etwas schließen könnte.

Interesse als Gegenstand der Erstattung bezeichnet. Die Stelle stimmt also mit der von mir aufgestellten Ansicht überein; ein erhebliches Gewicht kann ich aber freilich darauf nicht legen, theils wegen desjenigen, was oben über diese Stelle bemerkt ist, theils auch deshalb, weil es nicht vorliegt, daß es die Absicht des Juristen war, den etwaigen Gegenstand der actio mandati contraria in dieser Stelle genau zu bestimmen. Hauptsächlich wird es für die Entscheidung der Frage auf die inneren Gründe ankommen müssen.

Auf die Entwickelung der für das Mandat geltenden Grundsätze hat ohne Zweifel die Unentgeltlichkeit desselben in mancher Beziehung influirt. Das römische Recht hat aber diese Grundsätze beibehalten, auch nachdem es möglich geworden war, mit dem Mandat das Versprechen einer Vergütung für den geleisteten Dienst zu verbinden. Die Aufhebung der erwähnten Grundsätze kam gar nicht in Frage, weil man formell an der Unentgeltlichkeit eines jeden Mandats festhielt und die Contractsklage nicht zur Einforderung der bedungenen Vergütung verwendete. Heutzutage kann man die Unentgeltlichkeit auch in einer solchen formellen Weise nicht füglich mehr als Kriterium des Mandats aufstellen; dessenungeachtet ist es unzweifelhaft, daß die Vorschriften des römischen Rechts über das Mandat in unser heutiges Recht übergegangen sind.

Ueberdies ist wohl zu beachten, daß es nicht zum Begriff des Mandats gehört, daß die Handlung, welche vorgenommen werden soll, im Interesse oder gar im alleinigen Interesse des Mandanten liegt oder daß dieselbe ganz außerhalb des Interesses des Mandatars liegt. Wie das mandatum aliena gratia als gültig anerkannt wird, so auch das mandatum tua et mea und tua et aliena gratia. Nur das mandatum tua tantum gratia ist unfähig, eine Obligation zu erzeugen.

Das Depositum steht, was die hier zu behandelnde Frage betrifft, auf gleicher Linie mit dem Mandat. Insofern es sich bei dem Depositum um die Haftung beim Contrahiren handelt, wird man daher immer besonders an den Deponenten denken; doch müssen wir auch die Haftung des Depositars ins Auge fassen.

Daß der Depositar nur für dolus in contrahendo haftet, kann im Allgemeinen nicht zweifelhaft sein, da ja auch seine contractliche Haftung nicht über den dolus hinausgeht. Ein Zweifel könnte nur etwa für die Fälle erhoben werden, wo die contractliche Haf-

tung des Depositars ausnahmsweise auf levis culpa sich erstreckt, also für die Fälle, wo er ausdrücklich die Haftung für levis culpa übernommen hat und wo er negotio se obtulit. Meines Erachtens kann man aber auch in diesen Fällen eine Haftung für die bloße culpa in contrahendo nicht annehmen. Für die zuletzt erwähnten Fälle, die Fälle, wo der Depositar negotio se obtulit, ist eine solche Annahme aus denselben Gründen für ausgeschlossen zu erachten, aus welchen sie beim Mandat auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Mandatar die factische Veranlassung zur Ertheilung des Auftrages gegeben hat. Die Sache ist übrigens von keiner großen praktischen Bedeutung, indem nicht leicht Fälle vorkommen werden, wo ein Schaden durch levis culpa des Depositars entstanden ist und wo nur eine levis culpa in contrahendo und nicht zugleich auch eine contractliche levis culpa vorliegt. [13])

Was die Haftung des Deponenten betrifft, so beruht diese, ebenso wie die Haftung des Mandanten, auf dem Grundsatz, daß der Depositar, da er die Aufbewahrung im Interesse des Deponenten übernimmt, keinen Schaden von dem Depositum haben soll. [14]) Nachdem Africanus in der L. 61. §. 5 D. de furtis (47. 2) den eben erwähnten Grundsatz in Betreff des Mandats aufgestellt hat, fährt er fort:

> „Idque evidentius in causa depositi apparere; nam licet alioquin aequum videatur, non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse.“ [15])

---

13) So liegt z. B. nicht eine bloße culpa in contrahendo, sondern eben so sehr eine contractliche culpa vor, wenn Jemand sich zur Aufbewahrung von Pelzwerk erbietet, dessen Räumlichkeiten zur Aufbewahrung solcher Gegenstände durchaus ungeeignet sind, und wenn nun das deponirte Pelzwerk in Folge der schlechten Beschaffenheit, z. B. der Feuchtigkeit der Räumlichkeiten Schaden leidet. Der Schuldner hat sich hier nicht bloß bei der Uebernahme der Aufbewahrung, sondern auch bei der Aufbewahrung selbst einer culpa schuldig gemacht, indem er die Sachen in dem ungeeigneten Raume liegen ließ.

14) Eine Anwendung dieses Grundsatzes findet sich auch in der L. 12. pr. D. depositi (16. 3).

15) Wenn Africanus den obigen Worten zufolge die unbedingte Haftung des Deponenten für den in Folge des Depositum eingetretenen Schaden in noch höherem Grade motivirt findet, als die entsprechende Haftung des Mandanten

Es ist auch nicht anzunehmen, daß Africanus in der gleichfalls von ihm herrührenden L. 31. D. de pign. act. (13. 7) einen anderen Grundsatz hat aufstellen wollen. Die Art, wie am Schluß der L. 31 der Fall, wo ein deponirter Sclave den Depositar bestohlen hat, dem Fall gleichgestellt wird, wo der Diebstahl von einem als Pfand hingegebenen Sclaven verübt worden ist, ist freilich sehr ungeschickt. Da jedoch die L. 31 D. de pign. act. demselben Buch der Quästionen des Africanus entnommen ist, wie die L. 61 de furtis, so läßt sich ein Widerspruch zwischen den beiden angeführten Stellen nicht wohl annehmen. Man wird demnach die in den Schlußworten der L. 31 ausgesprochene Gleichstellung des Deponenten mit dem Pfandgeber allein auf den Fall des dolus, von welchem in dem unmittelbar vorhergehenden Satze die Rede ist, zu beziehen haben. Wie man aber auch die Schlußworte der L. 31 verstehen mag, soviel steht jedenfalls fest, daß die ausführlich motivirte Entscheidung in der L. 61. §. 5. D. de furtis vor der bloß gelegentlichen Bemerkung in der L. 31 de pign. act. den Vorzug verdient.

Die Haftung des Deponenten beschränkt sich also, ebenso wie die Haftung des Mandanten, nicht auf die Fälle einer eigentlichen culpa. Der Gegenstand der Schadensersatzklage ist ferner meiner Meinung nach ebenso zu bestimmen, wie beim Mandat.

---

§. 10.

Lucrative Geschäfte. — Schenkung. Commodatum.

Bei der zweiten Klasse der lucrativen Geschäfte ist es, wie oben (S. 58 fg.) bemerkt worden, der Wille des die Liberalität Uebenden, der bei der Vertragsschließung als das eigentlich Bestimmende erscheint. Hierher gehören die Schenkung und das Commodatum.[1])

Ueber die Haftung desjenigen, auf dessen Vortheil das Geschäft berechnet ist, finden wir in den Quellen keine Entscheidungen. Es

---

(„Idque evidentius“ etc.), so wird er dabei wohl nicht so sehr daran gedacht haben, daß eine Vergütung bei dem Mandat bedungen werden kann, als vielmehr an das mandatum tua et mea gratia und das mandatum tua et aliena gratia.

1) Man kann auch die Dosbestellung hieher rechnen; ich werde mich jedoch darauf beschränken, dieser in den Anmerkungen zu gedenken, soweit die Lehre von der Schenkung dies nöthig macht.

kann aber nicht wohl zweifelhaft sein, daß der Beschenkte und der Commodatar nur für dolus in contrahendo haften. Man kann nach Maßgabe des eben bezeichneten Charakters des Geschäfts von dem Beschenkten nicht verlangen, daß er sich danach erkundige, ob der Schenker auch den Werth des Gegenstandes, den er verschenken will u. s. w., kenne. Der Beschenkte kann sich bei der Annahme beruhigen, daß der Schenker selbst wissen wird, was er thut. Nur dann kann man dem Schenker ein Recht geben, auf Rescission der Schenkung und das negative Interesse zu klagen, wenn er durch einen dolus des Beschenkten zur Schenkung verleitet ist.

Aus denselben Gründen kann man auch in Betreff des Commodatars nur eine Haftung wegen dolus in contrahendo annehmen. Hier wird sich die Wirkung des dolus vorzugsweise darin zeigen, daß der Commodant die Sache sofort zurücknehmen kann, ohne daß ihm der Einwand einer intempestiven Rückforderung oder einer Rückforderung vor der bewilligten Frist gemacht werden kann. Doch kann auch ein sonstiges (negatives) Interesse, falls ein solches vorhanden ist, von dem Commodanten in Anspruch genommen werden.

Wenden wir uns jetzt zu der Haftung desjenigen, der die Liberalität übt, so finden wir, was zunächst die Schenkung betrifft, folgende Entscheidungen in den Quellen:

1. Das ädilitische Edict findet keine Anwendung auf den Fall, wo eine fehlerhafte Sache geschenkt ist. Hat der Schenker die Haftung für die Mängel der Sache nicht ausdrücklich übernommen, so haftet er nicht. Der Beschenkte kann keinen Ersatz fordern, wenn er auch Kosten auf die Sache verwendet haben sollte, die in Folge der Mangelhaftigkeit derselben als nutzlos aufgewendet sich erwiesen haben. Die Haftung des Schenkers wird ausgeschlossen, „ne eo casu liberalitatis suae donator poenam patiatur.“ [2]) Nur für den Fall des dolus findet eine Ausnahme statt; es fragt sich aber, worauf in diesem Fall der Beschenkte seine Ersatzklage richten kann.

Hat Jemand betrüglicher Weise eine mangelhafte Sache verkauft, so hat der Käufer im Allgemeinen die Wahl, ob er auf Rescission des Contracts und das negative Interesse klagen oder ob er den Contract bestehen lassen und auf das Interesse klagen will, welches er daran hat, daß ihm die Sache ohne den Mangel geleistet wäre.

---

2) L. 62. D. de aed. ed. (21. 1).

Bei der Schenkung wird man dem ganzen Charakter des Geschäfts zufolge eine Klage auf das Erfüllungsinteresse ausschließen müssen und nur eine Klage auf das negative Interesse zulassen können. Der Beschenkte hat also nur dann eine Ersatzklage, wenn er wegen der Mangelhaftigkeit der Sache ein Interesse daran hat, daß die Schenkung gar nicht stattgefunden hätte.

2. Der Schenker haftet nach der L. 2. C. de evict. (8. 45) nicht im Fall der Eviction der geschenkten Sache, wenn er nicht die Evictionsleistung ausdrücklich übernommen hat.[3]) Der Beschenkte hat nach der L. 18. §. 3. D. de donat. (39. 5), selbst wenn er Verwendungen auf die Sache gemacht hat, im Fall einer darauf erfolgten Eviction keine Klage gegen den Schenker. Nur dann tritt selbstverständlich eine Haftung des Schenkers ein, wenn er doloser Weise eine fremde Sache verschenkt hat, wie solches auch in der L. 18. §. 3. D. cit. bestätigt wird. Der Beschenkte wird aber in diesem Fall nur eine Klage auf das negative Interesse haben. Dies dürfte sich schon aus den allgemeinen Gründen ergeben; überdies scheint der Jurist in der L. 18. §. 3. cit. nur eine solche Klage vor Augen gehabt zu haben.[4])

Wie es sich mit der Haftung des Schenkers verhält, wenn die

3) Nach der L. 2. cit. genügte in dieser Beziehung nur ein in Stipulationsform abgeschlossener Vertrag, was jetzt selbstverständlich keine Bedeutung mehr hat. Paulus, rec. sent. V. tit. 11. §. 5. scheint eine Haftung des Schenkers nicht einmal für den Fall einer ausdrücklichen Uebernahme der Evictionsleistung anzunehmen; es dürfte aber zweifelhaft sein, ob nicht statt: „si promiserit“ zu lesen ist: „nisi promiserit“, indem ein genügender Grund, das Stipulationsversprechen in diesem Fall für unwirksam zu erklären, schwerlich vorhanden sein dürfte. Jedenfalls ist für uns die L. 2. C. de evict. entscheidend.

4) Die Klage, welche nach L. 18. §. 3. cit. dem Beschenkten zusteht, ist nämlich die actio doli, welche consequenterweise nur auf Beseitigung der Folgen des dolus d. h. auf Beseitigung des dolos abgeschlossenen Geschäfts mit seinen Folgen gehen kann. Die Haftung des Schenkers ist also keine Haftung auf Evictionsleistung, d. h. auf Leistung des Interesses, welches der Beschenkte daran hat, daß die Sache nicht evincirt wäre oder, was dasselbe sagt, daß er die Sache hätte behalten können. Es ist deshalb eine ungenaue und mißverständliche Ausdrucksweise, wenn gesagt wird, der Schenker hafte im Allgemeinen nicht auf Evictionsleistung, jedoch trete eine Ausnahme ein, wenn er die Evictionsleistung besonders übernommen habe, und im Fall des dolus. In dem letzteren Fall tritt in der That keine Ausnahme von der Regel ein, indem der Schenker im Fall des dolus, wie schon bemerkt, nicht das Evictionsinteresse, sondern nur das negative Interesse zu erstatten hat.

Schenkung nichtig ist, wird in den Quellen nicht gesagt; nach den so eben angeführten Entscheidungen versteht es sich aber von selbst, daß auch in diesen Fällen eine Haftung des Schenkers nur wegen dolus angenommen werden kann.

Die im Obigen benutzten Stellen handeln sämmtlich von Fällen, wo die Schenkung durch das Hingeben einer Sache bewirkt ist. Entscheidungen, welche sich speciell auf das Schenkungsversprechen beziehen, kommen in den Quellen nicht vor. Jedoch dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß man im Allgemeinen auch bei dem Schenkungsversprechen eine Haftung des Schenkers nur im Fall des dolus und nur auf Leistung des negativen Interesses annehmen kann. Das Einzige, was allerdings bezweifelt werden kann, ist, ob die römischen Juristen die Haftung wegen Eviction bei dem Schenkungsversprechen in demselben Umfange ausgeschlossen haben, wie bei der schenkweisen Hingabe von Sachen.

Nach dem vorjustinianischen Recht bedurfte es zur Gültigkeit des Schenkungsversprechens der Stipulationsform und zwar ging die Stipulation, wenn es sich um das Versprechen einer Sache handelte, ohne Zweifel regelmäßig auf das dare der Sache, d. h. auf Eigenthumsübertragung. Erwägt man nun, daß bei der Stipulation im Allgemeinen auf die Natur der causa, sofern nur überhaupt eine gültige causa vorhanden war, Nichts ankam, so wird man annehmen müssen, daß der stipulator, wenn die Stipulation auf ein dare ging, ohne Rücksicht darauf, ob derselben eine causa onerosa oder lucrativa zu Grunde lag, einen Anspruch darauf erhielt, daß ihm wirklich das Eigenthum übertragen werde, mithin im Fall der Eviction einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse. Für diese Ansicht sprechen außer den Gründen, welche man aus der Natur der Stipulation entnehmen kann, namentlich auch die Grundsätze über die dos, indem wir hier einen gleichen Unterschied zwischen der dotis datio und der promissio dotis gemacht finden.[5])

5) Während nämlich bei der dotis datio im Allgemeinen nicht für Eviction gehaftet wird, ist der Besteller der dos, falls diese durch promissio bestellt ist, zur Evictionsleistung verpflichtet. Vgl. L. 1. C. de jure dot. (5. 12). Darüber, daß die Worte: „si pollicitatio vel promissio fuerit interposita“ nicht auf ein besonderes Versprechen der Evictionsleistung, sondern auf die Art und Weise der Bestellung der dos zu beziehen sind, vgl. v. Vangerow, Pandekten §. 217. Anm. 2. Vangerow stellt a. a. O. zugleich die Ansicht auf, daß bei der dos data der Besteller im Fall eines dolus zur Evictionsleistung verpflichtet sei. Dies halte

Nach dem Justinianischen Recht bedarf es zur Gültigkeit des Schenkungsversprechens nicht mehr der Stipulationsform. Ob nun bei dem einfachen Schenkungsversprechen dieselbe strenge Auffassung gelten soll, wie bei der auf ein dare gerichteten promissio, darüber hat Justinian sich weder in der L. 35. §. 5. C. de donat. (8. 54), noch in dem §. 2. J. de donat. (2. 7) ausgesprochen. Die inneren Gründe sprechen aber entschieden dafür, daß man denjenigen, welcher schenkungsweise eine Sache verspricht, nicht strenger behandelt, als denjenigen Schenker, welcher eine Sache ohne vorgängiges Versprechen hingiebt. Denn im Zweifel will derjenige, welcher das Schenkungsversprechen leistet, sich zu nichts Weiterem verpflichten, als was in der schenkweisen Hingabe liegt. Auch kann man sich nicht darauf berufen, daß die Absicht desjenigen, welcher eine Sache verspricht, offenbar auf Eigenthumsübertragung gerichtet sei, weil dieselbe Absicht unzweifelhaft auch der schenkweisen Hingabe einer Sache zu Grunde liegt. Wie demnach die Consequenz dahin führt, das Schenkungsversprechen in Betreff der Eviction ebenso zu behandeln, wie die durch datio bewirkte Schenkung, so wird man dies auch nach dem heutigen Recht annehmen müssen.[6] Nur dürfte es sich von selbst verstehen, daß das ausdrückliche Versprechen, Eigenthum übertragen zu wollen, eben so viel gelten muß, wie ein Versprechen der Evictionsleistung. Und überdies gelten die

---

ich nicht für richtig, auch wird es durch die L. 1. C. cit. und die L. 69. §. 7. D. de jure dot. (23. 3) in keiner Weise bewiesen. Die im Fall eines dolus gegebene Klage (actio doli oder in factum) wird nicht als eine Evictionsklage bezeichnet und namentlich in der L. 1. cit. nicht mit der eigentlichen Evictionsklage, wie sie in den Fällen einer promissio dotis und einer s. g. aestimatio venditionis causa begründet ist, zusammengestellt. Meines Erachtens muß in der fraglichen Beziehung von der Dosbestellung dasselbe gelten, wie von der Schenkung. Siehe die vorige Anm.

6) Einen Zweifel gegen die Berechtigung, Obiges für das heutige Recht anzunehmen, könnte man allerdings daraus entnehmen, daß das römische Recht das formlose Dotalversprechen in der fraglichen Beziehung der promissio dotis gleichgestellt zu haben scheint. Es ist nämlich in hohem Grade wahrscheinlich, daß das Wort: „pollicitatio“ in der L. 1. C. de jure dot. (5. 12) von den Compilatoren herrührt und daß diese unter der pollicitatio das formlose Versprechen im Gegensatz gegen die promissio verstanden haben. Ich möchte jedoch glauben, daß die in Ansehung des Dotalversprechens getroffene Entscheidung uns nicht zwingt, ein Gleiches für das formlose Schenkungsversprechen, rücksichtlich dessen keine Bestimmung in den Quellen sich findet, anzunehmen, da die Dosbestellung doch nicht ganz auf gleicher Linie mit der Schenkung steht.

aufgestellten Grundsätze nur für den Fall, daß das Schenkungsversprechen auf individuell bestimmte Sachen sich bezieht. Hier ist im Zweifel anzunehmen, daß der Schenker das Eigenthum nur für den (von ihm freilich als bestimmt angenommenen) Fall, daß ihm dasselbe zusteht, dem Beschenkten hat zusagen wollen. Ist ein genus oder eine Quantität fungibler Sachen schenkungsweise versprochen, so wird man im Zweifel annehmen müssen, daß der Schenker zur Uebertragung des Eigenthums verpflichtet ist, daß er also, wenn er fremde Sachen hingiebt, sein Versprechen gar nicht erfüllt hat. Der Schenker ist hier nur geschützt durch das ihm zustehende beneficium competentiae.

Was das Commodat betrifft, so beziehen sich die Entscheidungen, welche wir in den Quellen finden, sämmtlich auf Fälle, in welchen der Commodatar durch die schlechte Beschaffenheit des ihm geliehenen Gegenstandes einen Schaden erlitten hat. In allen diesen Stellen wird eine Verpflichtung des Commodanten zum Schadensersatz (bei dem geliehenen Sclaven, qui furtum fecit, auf Ersatz unter Ausschließung der noxae datio) nur für den Fall anerkannt, daß der Commodant sich eines dolus schuldig gemacht hat.[7])

Ebenso wird, wie wir nach Analogie der Grundsätze über die Schenkung annehmen müssen, der Commodant, der eine fremde Sache ausgeliehen hat, nur im Fall eines dolus zur Erstattung des Schadens verpflichtet sein.

Als Gegenstand der Ersatzklage des Commodatars muß nach den, über die Wirkungen des dolus geltenden Regeln das Interesse angesehen werden, aber aus denselben Gründen, wie bei der Schenkung, nur das negative Interesse.

---

7) L. 17. §. 3. i. f. L. 18. §. 3. L. 22. D. commod. (13. 6). L. 61. §. 6. D. de furtis (47. 2). Wie wir aus der L. 18. §. 3. D. commod. ersehen, findet auch die besondere Bestimmung, die bei dem Verkauf und der Vermiethung schadhafter Fässer galt (s. oben S. 28 fg.), keine Anwendung auf denjenigen, qui vasa vitiosa commodavit. — Was die L. 61. §. 6. D. de furtis betrifft, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Lesart: „si dolo quid fecerit“ jedenfalls unrichtig ist, indem der ganze Zusammenhang nothwendig eine Negation erfordert. Wenn Africanus am Schluß des §. 6. sagt: „quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari“, so wird man die Worte: „interpretationem doli“ wohl vorzugsweise auf den Beweis des dolus zu beziehen haben.

§. 11.

Onerose Geschäfte.

Von den auf einer causa onerosa beruhenden Verträgen ist bereits in den §§. 4. fg. ausführlicher die Rede gewesen. Ich habe dort nachzuweisen gesucht, daß nach den Bestimmungen des römischen Rechts die Contrahenten bei Abschließung derartiger Verträge im Allgemeinen nur für dolus haften. Dagegen ist in den §§. 4. fg. auf die Frage, welche nachtheiligen Folgen der dolus in contrahendo für den betrügerischen Contrahenten hat, nicht näher eingegangen. In dieser Beziehung bedürfen die früheren Ausführungen noch einer Ergänzung. Ich ziehe es aber vor, diese Ergänzung erst am Schluß der ganzen Abhandlung (im Anhang I.) folgen zu lassen und dabei dann zugleich auf die praktisch bedeutsame Frage nach den Voraussetzungen der im Fall eines dolus in contrahendo zulässigen Klagen des betrogenen Contrahenten einzugehen. Hier beschränke ich mich auf eine kurze Erörterung der Frage, inwieweit das römische Recht Bestimmungen enthält, welche darauf berechnet sind, den Anforderungen, welche die Sicherung des Verkehrs an das Recht stellt, gerecht zu werden.

Oben ist bereits bemerkt worden, daß das römische Recht die hohe Bedeutung, welche der Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs beizumessen ist, nicht verkannt hat. Um nun den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht zu werden, kann man verschiedene Wege einschlagen und in der That haben auch die Römer nicht überall denselben Weg eingeschlagen, wo sie sich veranlaßt sahen, auf die Bedürfnisse des Verkehrs eine besondere Rücksicht zu nehmen. Eigenthümlich aber ist es, daß die Römer, soweit sich dies mit Bestimmtheit aus den Quellen nachweisen läßt, für keinen einzigen Fall den Weg eingeschlagen haben, auf welchem Ihering in seiner Abhandlung über die culpa in contrahendo den Bedürfnissen des Verkehrs eine Befriedigung verschaffen will.

Ueberall, wo das römische Recht eine über den dolus hinausgehende Haftung beim Contrahiren für geboten erachtet hat, hat es die Haftung ohne alle Rücksicht auf das subjective Verhalten des betreffenden Contrahenten, also ohne alle Rücksicht darauf, ob derselbe im concreten Fall einer culpa sich schuldig gemacht hat, eintreten lassen und nur für die Fälle die Haftung ausgeschlossen, wo der Mitcontrahent wußte oder wissen mußte, daß der fragliche Mangel

vorhanden sei. Das römische Recht sieht bei den Vorschriften, welche die Sicherung des Verkehrs zum Zweck haben, allein auf das subjective Verhalten derjenigen Personen, welche durch die Vorschriften gesichert werden sollen, nicht aber auf das Verhalten derjenigen, gegen welche sie gesichert werden sollen.

Wenn Ihering ferner die von ihm für nöthig gehaltene Hülfe allgemein in der Weise eintreten läßt, daß er dem geschädigten Contrahenten eine Klage auf das negative Interesse einräumt, so entspricht auch dieses nicht dem römischen Recht. Es läßt sich meiner Meinung nach nicht nachweisen, daß die Römer, abgesehen von den Fällen eines dolus in contrahendo, dem geschädigten Contrahenten eine schlechthin und ohne Beschränkung auf Erstattung des negativen Interesses gerichtete Klage gegeben hätten.

Was nun die einzelnen im Interesse des Verkehrs erlassenen, bezw. von den römischen Juristen angenommenen Bestimmungen betrifft, so kommen zunächst die Bestimmungen des ädilitischen Edicts in Betracht.

An sich haftet der Verkäufer für die Fehler der verkauften Sache nur in den Fällen des dictum promissum und des dolus. Die Sicherheit des Verkehrs erforderte eine weitergehende Haftung und deshalb fanden die Aedilen sich veranlaßt, für den Sclaven- und Viehhandel besondere Bestimmungen zu erlassen, welche später auf den Verkauf anderer Gegenstände ausgedehnt wurden. Die Hülfe, welche die Aedilen im Interesse des Verkehrs gewährten, bestand darin, daß sie den Verkäufer verpflichteten, gewisse Mängel der Sache beim Contrahiren anzuzeigen. Diese Verpflichtung wurde durch das ädilitische Edict dem Verkäufer schlechthin aufgelegt, ohne Rücksicht darauf, ob er die Mängel kannte oder nicht und ob im letzteren Fall seine Unkenntniß eine nicht entschuldbare oder eine entschuldbare gewesen war. Nur dann war die Haftung des Verkäufers ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel gekannt hatte oder wenn derselbe so offen zu Tage trat, daß er ihn wahrnehmen mußte.[1]) Hat der Verkäufer den Mangel nicht angezeigt, so hat der Käufer unter der eben angegebenen Voraussetzung die Wahl, ob er auf eine verhältnißmäßige Herabsetzung des Kaufpreises oder auf Aufhebung des Kaufcontracts und Schadensersatz (das negative Interesse) klagen will; im letzteren Fall kann aber der gutgläubige

---

1) L. 14. §. 10. D. de aed. ed. (21. 1).

Verkäufer sich von jeder weiteren Leistung befreien, wenn er den Kaufpreis nebst Zinsen zurückzahlt und auf die Rückgabe der verkauften Sachen verzichtet.[2]) Ein schlechthinniger Anspruch auf das negative Interesse steht dem Käufer nur gegen den dolosen Verkäufer zu.

Die Bestimmungen des ädilitischen Edicts haben einen durchaus positiven Charakter und sind deshalb nicht geeignet, um daraus allgemeine Regeln für die Haftung beim Contrahiren abzuleiten. Sie sind, wie aus dem oben (§. 4) Ausgeführten sich ergiebt, nicht einmal auf alle Fälle des Verkaufs von fehlerhaften Sachen ausgedehnt worden.

Einen anderen Weg, als das ädilitische Edict, hat das römische Recht in den übrigen Fällen eingeschlagen, in welchen es den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung tragen zu müssen geglaubt hat. Es kommen hier einestheils die Bestimmungen über den Verkauf eines freien Menschen, anderntheils die Bestimmungen über die actio institoria in Betracht.

Nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts hätte der Verkauf eines freien Menschen für nichtig erklärt werden müssen. Die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs veranlaßte die römischen Juristen, hier eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln eintreten zu lassen, aber nicht in der Weise, daß sie dem gutgläubigen Käufer allgemein oder doch in den Fällen einer culpa des Verkäufers einen Anspruch auf das negative Interesse eingeräumt hätten, sondern in der Weise, daß sie den Contract für den Fall, daß der Käufer in gutem Glauben gewesen war, für gültig erklärten. (S. darüber §. 14.)

In derselben Weise, wie in dem eben erwähnten Fall, hat das römische Recht bei den durch Stellvertreter abgeschlossenen Geschäften den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung zu tragen gesucht. Als Regel steht es fest, daß der Principal das von einem Anderen für ihn abgeschlossene Geschäft nur dann anzuerkennen braucht, wenn der Andere von ihm bevollmächtigt war und innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht gehandelt hat. Die strenge Durchführung dieser Regel würde aber die Sicherheit des Verkehrs in hohem Grade gefährdet haben und deshalb haben die Römer die actio institoria unter der Voraussetzung, daß dem Mitcontrahenten des Stellver-

---

2) L. 29. §. 3. L. 58. pr. §. 1. D. de aed. ed. (21. 1).

treters keine Nachlässigkeit zur Last fällt, in manchen Fällen zugelassen, wo keine Vollmacht ertheilt war oder wo die ertheilte Vollmacht zur Zeit der Abschließung des Vertrages bereits erloschen oder bei Ausführung des Geschäfts überschritten war. Der Principal muß in diesen Fällen das Geschäft als für sich verbindlich anerkennen, gerade so, als wenn der Vertreter gehörig bevollmächtigt gewesen wäre. (S. unten §. 16.)

Außerdem fragt es sich, ob die Grundsätze, welche das römische Recht für das Mandat aufstellt, nicht auch bei den onerosen Geschäften eine Anwendung finden können.[3])

Diese Frage ist nicht bloß von Bedeutung für die sog. Bestellungen, von denen sehr viele nicht bloße Mandate sind, sondern den Antrag zur Eingehung eines onerosen Geschäfts enthalten. Die Bedeutung derselben reicht viel weiter. Um die in Betreff des Mandats geltenden Grundsätze zur Anwendung zu bringen, bedarf es nicht einer ausdrücklichen Aufforderung zu einer Thätigkeit, wie sie bei den erwähnten Bestellungen sich findet; vielmehr genügt die stillschweigend erfolgte Aufforderung. Eine solche ist aber meiner Meinung nach schon in dem Abschluß des Geschäfts als solchem zu finden, indem derjenige, welcher hiernach als Gläubiger erscheint, eben damit auch den Schuldner veranlaßt (stillschweigend auffordert), dasjenige vorzunehmen, was zur Erfüllung der, nach dem Vertrage ihm obliegenden Verpflichtung erforderlich ist.

Wenn nun das Geschäft, dessen Abschließung der Endzweck der Verhandlungen ist, gültig zu Stande kommt, kann von einer besonderen obligatio mandati nicht die Rede sein.[4]) Wie aber, wenn das Geschäft nicht zur Perfection gelangt oder das äußerlich abgeschlossene Geschäft sich als ungültig erweist?

Meiner Meinung nach wird man berechtigt sein, in einem solchen Fall die für das Mandat geltenden Grundsätze zur Anwendung zu bringen. Wenn Becker dagegen bemerkt, daß das mandatum tua tantum gratia keine Obligation erzeugt, so kann ich dies nicht für entscheidend halten, weil in Wirklichkeit ein solches Mandat hier nicht vorliegt. Das Geschäft, welches geschlossen wer-

---

3) Vgl. darüber v. Scheurl, Jahrbücher II. S. 274 fg., Becker, Jahrbuch des gem. Rechts II. S. 365 fg. IV. S. 169 fg. und v. Sintenis, Civilrecht II. §. 96. S. 524 und Anm. 18a. am Ende. Becker verneint die Frage, während die beiden anderen Schriftsteller sie bejahen.

4) Vgl. L. 10. §. 4. D. mandati (17. 1).

den sollte, ist allerdings ein Geschäft, welches mit dem Beauftragten abgeschlossen werden sollte, der Auftrag also ein Auftrag tua gratia; derselbe ist aber, da der Auftraggeber gleichfalls betheiligt war, nicht bloß tua gratia, sondern auch mea gratia, und ein mandatum mea et tua gratia wird in den Quellen als gültig anerkannt.[5]) Von dieser Seite dürfte also kein Bedenken gegen die Anwendung der für das Mandat geltenden Grundsätze obwalten; dagegen muß allerdings eingeräumt werden, daß wir in den Quellen keine Stellen finden, welche die Frage unmittelbar entscheiden. Es kommt demnach auf die allgemeinen Gründe an, welche nach meinem Dafürhalten für die Bejahung der Frage sprechen.

Die Anwendung der in Betreff des Mandats geltenden Grundsätze führt, wie oben bereits bemerkt worden ist, nicht zu einem Anspruch auf Leistung des negativen Interesses, sondern im Allgemeinen nur zu einem Anspruch auf Erstattung der Aufopferungen, welche von dem betreffenden Contrahenten zum Behuf der Erfüllung der nach dem Vertrage ihm obliegenden Verpflichtung gemacht worden sind. In der Regel wird daher die Anwendung dieser Grundsätze gar nicht oder doch nur in untergeordneter Weise in Frage kommen, wo die zu beschaffende Leistung lediglich eine Geldleistung war.[6])

Ferner setzt der Anspruch auf den erwähnten Schadensersatz voraus, daß der Contrahent, welcher die Aufopferungen gemacht hat, mit dem Umstande, welcher das Zustandekommen des Vertrages gehindert hat, nicht bekannt ist und daß seine Unkenntniß eine entschuldbare gewesen ist. Widrigenfalls hat er den erlittenen Schaden sich selbst zuzuschreiben.

---

§. 12.

Casuistik. — Einleitung.

Aus den bisherigen Ausführungen geht hervor, daß das römische Recht in manchen Fällen eine über den dolus hinausgehende Haftung

---

5) §. 2. J. de mandato (3. 26). L. 2. pr. §. 4. L. 6. §. 5. D. mandati (17. 1).

6) Selbstverständlich können jedoch auch hier Kosten vorkommen, welche zu ersetzen sind, so z. B. Portokosten, bezw. Zinsen im Fall der erfolgten Ueber-

beim Contrahiren angenommen hat, sei es wegen der Natur des Vertrages (Haftung des Mandanten und Deponenten), sei es mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs zum Schutze der bona fides des Mitcontrahenten. Zugleich ergiebt sich aus dem Bisherigen, daß die Römer, wo sie eine weitergehende Haftung für nöthig erachteten, die Verpflichtung lediglich von äußeren Momenten (ohne Rücksicht auf das subjective Verhalten des betreffenden Contrahenten) abhängig gemacht haben. Das Material, welches wir in den Quellen finden, ist aber nicht so reichhaltig, daß es genügen könnte, bei einer Angabe der Bestimmungen, welche in den Quellen enthalten sind, stehen zu bleiben.

Ihering hat, indem er mit Recht hiervon ausgegangen ist, in seiner Abhandlung über die culpa in contrahendo auf die Begründung der Theorie eine reiche Casuistik der culpa in contrahendo folgen lassen. Und, wenn ich auch seiner Theorie nicht zustimmen und die einzelnen Entscheidungen, zu denen er gelangt, vielfach nicht für richtig halten kann, so erkenne ich doch das Verdienst, welches er sich durch die Beifügung der Casuistik erworben hat, willig an. Im Uebrigen kann ich die großen Bedenken, welche ich gegen die Methode habe, in der Ihering operirt, nicht zurückhalten.

Ihering findet in seiner Theorie von der culpa in contrahendo ein Universalmittel, um auf einem sehr weiten Gebiet allen Unbilligkeiten, welche sonst sich ergeben würden, wirksam vorzubeugen. Mit seltenem Scharfsinn weiß er überall, wo eine Verpflichtung zum Schadensersatz durch die Billigkeit ihm geboten scheint, eine culpa in contrahendo zu entdecken. Ich muß gestehen, daß es mir in manchen Fällen, wo Ihering eine culpa in contrahendo findet, schlechterdings unmöglich gewesen ist, eine solche zu entdecken, und ich möchte glauben, daß Ihering selbst in einigen Fällen darauf verzichtet haben würde, eine culpa herauszubringen, wenn er dies nicht für nöthig gehalten hätte, um einen Ersatzanspruch, wie er ihn für billig hielt, construiren zu können. Für Einen Fall giebt Ihering dies im Grunde selbst zu.[1]) — Meiner Meinung nach ist es im höchsten Grade bedenklich, bei juristischen Untersuchungen in

---

sendung des Geldes. Außerdem können auch noch andere Kosten in Betracht kommen, wie z. B. Reisekosten, wenn bei den Verhandlungen über ein unfähiges Kaufobject der Käufer durch den Verkäufer veranlaßt worden ist, eine Reise zur Besichtigung der Sache zu machen.

1) Vgl. Ihering a. a. O. S. 92 fg.

der Weise, wie Ihering dies thut, die Billigkeit zum Ausgangspunkte der Untersuchung zu machen. Ueberdies ist es mit der Billigkeit ein eigenes Ding. Was der Billigkeit entsprechend erscheint, wenn man die Sache von dem Standpunkt des einen Contrahenten aus ansieht, erscheint manchmal als unbillig, wenn man sich auf den Standpunkt des anderen Contrahenten stellt. Und so scheint es mir denn auch, daß manche Entscheidungen, zu denen Ihering gelangt, einer, alle Seiten der Sache gleichmäßig berücksichtigenden Billigkeit keineswegs entsprechen.[2])

Ihering gruppirt das casuistische Material, welches er mittheilt, nach folgenden drei Gesichtspunkten:

1. Unfähigkeit des Subjects;
2. Unfähigkeit des Objects;
3. Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens (der Erklärung oder des Willens selber).

Im Allgemeinen werde ich in der Reihenfolge mich an Ihering anschließen, ohne jedoch in Betreff der von ihm angeführten Beispiele mich zu binden.

---

§. 13.

Casuistik. — Unfähigkeit eines der Contrahenten.

Der angegebenen Reihenfolge gemäß fasse ich zunächst die Fälle ins Auge, in welchen ein Geschäft wegen Unfähigkeit eines der Contrahenten unwirksam ist.

Ihering wendet auch auf diese Fälle seine Theorie an und stellt demgemäß den Satz auf, daß der Mitcontrahent mit der Contractsklage das negative Interesse in Anspruch nehmen könne, falls der Unfähige sich einer culpa in contrahendo schuldig gemacht habe.[1]) Er verkennt nicht die Bedenken, welche dagegen geltend gemacht werden können, hält aber die Gründe für die Zulassung der Ersatzklage für überwiegend. Meiner Meinung nach treten die Resultate,

---

2) S. darüber auch Sintenis, Civilrecht II. §. 96. Anm. 18a. und Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 10.

1) Ihering a. a. O. S. 57 fg.

zu denen Ihering gelangt, mit den Intentionen des positiven Rechts geradezu in Widerspruch.[2])

Das Recht hat gewisse Personen für schlechthin unfähig erklärt, sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten. Anderen Personen hat es für den Fall, daß sie sich durch Rechtsgeschäfte verpflichten, ein Schutzmittel gegeben, durch welches sie die nachtheiligen Folgen dieser Rechtsgeschäfte von sich abwenden können. Es sind demnach zu unterscheiden:

1. Schuldverträge, die wegen Unfähigkeit des Subjects nichtig sind, wie namentlich die Schuldverträge der Wahnsinnigen, Unmündigen und prodigi;

2. Schuldverträge, welche wegen besonderer Eigenschaften der contrahirenden Person anfechtbar sind; dahin gehören die Schuldverträge, durch welche Minderjährige sich verpflichten,[3]) die Intercessionen der Frauen und die Geldanleihen der Hauskinder.

Bei der zweiten Art von Geschäften, mit welcher ich beginnen will, handelt es sich um Schutzmittel, welche gewissen Klassen von Personen gewährt sind und die auf einem jus singulare beruhen. Dadurch, daß die betreffenden Personen dieser Schutzmittel sich bedienen, kann der Mitcontrahent in eine nachtheilige Lage versetzt werden. Dies hat er sich selbst zuzuschreiben, wenn er wußte, daß derjenige, mit dem er contrahirte, ein Minderjähriger oder Haussohn sei, daß das mit einem Frauenzimmer abgeschlossene Geschäft eine Intercession sei. Wie aber, wenn er contrahirt hat, ohne von den erwähnten Umständen etwas zu wissen?

Das römische Recht schützt ihn zunächst für den Fall, wo er über die Eigenschaft des anderen Contrahenten als eines Minderjährigen ꝛc. durch einen dolus desselben getäuscht ist. In diesem Fall wird dem Privilegirten die Berufung auf sein Privilegium

---

2) Derselben Ansicht sind Bähr, Jahrbücher XIV. S. 408 fg. und Drechsler, Schadensersatz bei nichtigen Verträgen S. 24 fg.

3) Ihering a. a. O. S. 57. Anm. 57 spricht sich für die Nichtigkeit der von Minderjährigen ohne Beistand des Vormundes abgeschlossenen Schuldverträge aus. Wie ich annehme, hat er hierbei nur das heutige Recht im Auge, welches allerdings auch nach meiner Ueberzeugung in der zur Frage stehenden Beziehung keinen Unterschied zwischen den Verträgen der Unmündigen und Minderjährigen macht. Daß nach dem römischen Recht die Verträge der Minderjährigen an sich gültig sind, läßt sich nicht wohl bezweifeln.

versagt.[4]) Der Mitcontrahent wird also nicht in der Weise geschützt, daß ihm für den Fall der Anfechtung ein Anspruch auf das negative Interesse eingeräumt würde, sondern die Anfechtung selbst wird ausgeschlossen und das sonst anfechtbare Geschäft für vollwirksam erklärt.[5])

In Beziehung auf die Intercessionen der Frauen und die Geldanleihen der Hauskinder ist das römische Recht noch weiter gegangen, indem es die Berufung auf das S. C. Vellejanum und auf das S. C. Macedonianum nur dann zuläßt, wenn der Mitcontrahent gewußt hat, daß die Frau, mit der er es zu thun hatte, intercedire, daß der Empfänger des Gelddarlehns ein Haussohn sei, oder wenn er in der angegebenen Beziehung in einem nicht entschuldbaren Irrthum sich befunden hat.[6]) Dagegen hat das römische Recht dem Minderjährigen das ihm verliehene Schutzmittel, die in integrum restitutio nur im Fall eines dolus versagt, d. h. wenn er sich betrüglich für einen Großjährigen ausgegeben oder den Irrthum des Mitcontrahenten über sein Alter wissentlich aufzuklären unterlassen hat.[7]) In der That würde das Recht mit sich selbst in Widerspruch getreten sein, wenn es dem Minderjährigen wegen einer bloßen culpa die Restitution versagt hätte; denn durch die Restitution soll der Minderjährige eben gegen die nachtheiligen Folgen seines eigenen Leichtsinns und seiner Uebereilung geschützt werden.[8])

Es läßt sich jedoch nicht läugnen, daß die rücksichtslose Durchführung der in integrum restitutio für den Mitcontrahenten einen unbilligen Schaden zur Folge haben kann. Dies ist auch den Römern nicht entgangen und sie haben hier, zwar nicht auf dem von Ihering vorgeschlagenen Wege, wohl aber auf andere Weise, soweit thunlich, zu helfen gesucht.

---

4) L. L. 2. 3. C. si minor se majorem (2. 43). — L. 1. C. ad S. C. Maced. (4. 28). — L. 2. §. 3. L. 30. pr. D. ad S. C. Vellej. (16. 1). L. 18. C. eodem. (4. 29).

5) Dies ist auch von Bähr a. a. O. S. 409 hervorgehoben.

6) L. 3. pr. L. 19. D. de S. C. Maced. (14. 6). L. L. 11. 12. D. ad S. C. Vellej. (16. 1).

7) Vgl. besonders L. 3. C. si minor se majorem (2. 43). Das bloße Verschweigen der Minderjährigkeit ist noch kein dolus, der die Berufung auf dieselbe ausschließt. Vgl. Seuffert, Archiv II. 271.

8) S. z. B. L. 11. §§. 4. 5. L. 24. §. 1. i. f. D. de minor. (4. 4).

In Einem Fall wird, auch abgesehen von einem dolus, die Restitution ganz versagt, nämlich dann, wenn der Nachtheil, wegen dessen Restitution gesucht wird, in gar keinem Verhältniß steht zu dem Nachtheil, den der Mitcontrahent durch die Restitution erleiden würde [9]. Abgesehen von diesem Fall wird die Restitution zwar zugelassen; aber durch das dem Restitutionsrichter eingeräumte weitgehende Ermessen wird, soweit dies thunlich und mit dem Zweck der Restitution vereinbar ist, dafür gesorgt, daß den Gegner kein zu unbilliger Schaden treffe. Die Restitution wird, wenn der Gegner in gutem Glauben war, nicht ohne weiteres so ausgeführt, daß der Minderjährige ganz in die Lage gebracht wird, als wenn das Geschäft nicht abgeschlossen wäre; vielmehr wird auch auf den Gegner und dessen Lage billige Rücksicht genommen [10]. Aber so weit geht das römische Recht freilich nicht, daß es dem Restitution suchenden Minderjährigen für den Fall, daß ihm eine culpa zur Last fällt, die Verpflichtung auflegt, dem Gegner das negative Interesse oder auch nur den erlittenen positiven Schaden zu ersetzen. Es würde dadurch auch der Zweck der Restitution in vielen Fällen völlig vereitelt worden sein [11].

Wenden wir uns jetzt zu den **nichtigen** Geschäften, so kommt es darauf an, ob die zur Abschließung von Rechtsgeschäften unfähige Person zugleich auch unfähig ist, sich durch Delicte zu verpflichten. Ist dies der Fall, so kann von einer Haftung wegen dolus oder culpa in contrahendo nicht die Rede sein. Ist die betreffende Person dagegen fähig, sich durch Delicte zu verpflichten, so ist sie zur Leistung des negativen Interesses verpflichtet, falls sie sich eines dolus in contrahendo schuldig gemacht hat. Eine Haftung für culpa in contrahendo kann man nicht annehmen. Wenn selbst bei den Minderjährigen eine solche Haftung mit dem ihnen zu

---

9) Vgl. L. 4. D. de in integr. rest. (4. 1).

10) Vgl. **meine** Beiträge, Abth. II. S. 33.

11) Daß die Römer eine solche Haftung nicht angenommen haben, dürfte sich aus Stellen, wie z. B. L. 27. §. 1. D. de minor. (4. 4). L. 32. §. 4. D. de admin. tut. (26. 7). L. 2. C. si adversus creditorem (2. 38), zur Genüge ergeben. Wenn der Minderjährige im Fall einer culpa in contrahendo das negative Interesse oder auch nur den erlittenen positiven Schaden dem Mitcontrahenten zu erstatten hätte, so müßte eine gleiche Ersatzpflicht doch auch dann eingetreten sein, wenn er nachher leichtsinniger Weise den erhaltenen Kaufpreis, das empfangene Darlehn verbraucht hat.

gewährenden Schutze unvereinbar ist, so in noch höherem Grade bei den hier zur Frage stehenden Personen [12]).

Diese Grundsätze werden meiner Ueberzeugung nach auch dann zur Anwendung kommen müssen, wenn eine unfähige Person ein Mandat ertheilt oder eine Sache deponirt. Man kann die Bestimmungen über die strengere Haftung des Mandanten und Deponenten in den Fällen nicht zur Anwendung bringen, in denen eine Verpflichtung durch Rechtsgeschäfte überhaupt ausgeschlossen ist. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß auch die zur Abschließung von Schuldverträgen unfähigen Personen verpflichtet werden, insofern es zur Begründung der Verpflichtung einer Willensbestimmung von ihrer Seite nicht bedarf, also namentlich dann, wenn eine Geschäftsführung von Seiten des Mitcontrahenten vorliegt, die auch ohne Auftrag als verpflichtend betrachtet werden muß [13]). Daß trotzdem in vielen Fällen der Mitcontrahent einen ihn hart treffenden Schaden erleiden wird, und zwar ohne ein Verschulden von seiner Seite, läßt sich nicht bestreiten; dies läßt sich aber nicht ändern, wenn man nicht den bevormundeten Personen den für sie nöthigen Schutz entziehen will.

---

12) In Betreff der impuberes ist die Sache von keiner großen Bedeutung, weil das Aussehen derselben regelmäßig ein so jugendliches ist, daß der Mitcontrahent sie nicht wohl für vollständig handlungsfähig halten kann. — Ebenso verhält es sich in Betreff der prodigi, weil hier der Mitcontrahent (im Allgemeinen) wegen der öffentlichen Bekanntmachung die Unfähigkeit kennen muß. Dagegen ist die Frage von größerer Bedeutung in Ansehung der Minderjährigen, die nach heutigem Recht in Beziehung auf die Fähigkeit, sich zu verpflichten, den impuberes infantia majores gleichzustellen sind. — Wenn Ihering S. 60. Anm. 59 bemerkt, daß die Gefahren, welche seine Theorie für die vom Recht unter Schutz genommenen Personen haben könne, auch bei den unter Vormundschaft stehenden Wahnsinnigen wegen der öffentlichen Bekanntmachung wegfallen, so verstehe ich das nicht, indem es doch nicht Ihering's Meinung sein kann, die Wahnsinnigen wegen culpa in contrahendo haften zu lassen.

13) So würde auch in einigen der Fälle, welche Ihering S. 59 anführt, wenigstens unter Umständen, eine actio negotiorum gestorum contraria begründet sein, wie z. B. wenn ein Minderjähriger in einem Bade auf einige Wochen eine Wohnung miethet oder seinen Mittagstisch auf Credit nimmt. Anders allerdings in dem von Ihering angeführten Fall, wenn der Minderjährige Spielschulden macht; hier aber vermag ich auch kein Mitleid mit dem Mitcontrahenten zu fühlen, wenn die Zahlung verweigert wird.

§. 14.

Casuistik. — Unfähigkeit des Objects.

Ueber die Fälle, in welchen der Vertrag über ein nicht leistungsfähiges Object abgeschlossen ist, kann ich mich kurz fassen, da hiervon in den früheren Ausführungen schon die Rede gewesen ist [1]). Hier ist zunächst zu bemerken, daß die Römer im Allgemeinen nur der sogleich vorhandenen objectiven Unmöglichkeit einen Einfluß auf das Zustandekommen des Vertrages eingeräumt haben. Liegt nur eine subjective Unmöglichkeit vor [2]), so ist der

---

1) S. oben §. 6.

2) Gustav Hartmann, die Obligation, will von einem Rechtssatze: impossibilium nulla obligatio überhaupt Nichts wissen; insonderheit polemisirt er gegen den Ausdruck: subjective Unmöglichkeit. Wenn er die Ausdrücke: „factische und rechtliche Hindernisse der Erfüllung" substituirt, so scheint mir dies in der That von keiner sonderlichen Bedeutung zu sein. Anders ist es, wenn er die Behauptung aufstellt, daß die Frage, ob die Ueberwindung der obwaltenden Hindernisse vom Schuldner gefordert werden kann, nicht nach allgemeinen Regeln beantwortet werden kann, sondern daß die Entscheidung davon abhängt, ob nach dem Zweck der besonderen Obligation das „Soll" derselben so stark ist, daß man die Ueberwindung der fraglichen Hindernisse von dem Schuldner fordern, im Fall der Nichtüberwindung also ihn zur Erstattung des Interesses für schuldig erachten muß. Ich kann mich nicht davon überzeugen, daß man wirklich genöthigt ist, auf die Aufstellung fester Regeln zu verzichten. Allerdings ist das Soll der einzelnen Obligationen, wie Hartmann dies ausdrückt, von verschiedener Stärke, wie sich dies darin zeigt, daß der Schuldner bei einigen Obligationen für dolus und culpa, bei anderen nur für dolus haftet. Auch ist der erwähnte Umstand nicht ganz ohne Einfluß auf die Entscheidung der Frage über die Wirkungen der Unmöglichkeit der Leistung, aber nicht in der Weise, wie Hartmann dies will. Was zunächst die anfängliche Unmöglichkeit betrifft, so hat Hartmann durch seine Ausführungen den Satz, daß die objective Unmöglichkeit die Entstehung der Obligation hindert, in keiner Weise entkräftet. Das Vorhandensein einzelner Ausnahmen kann die Regel als solche nicht aufheben. Vgl. auch unten Anm. 14. Ebenso muß ich daran festhalten, daß die sogleich vorhandene subjective Unmöglichkeit im Allgemeinen nicht in Betracht kommt; jedoch gilt diese Regel, wie ich Hartmann zugeben muß, nicht für alle Obligationen in gleicher Weise. Es kommt hier allerdings darauf an, ob die Schuld auf einer causa onerosa oder auf einer causa lucrativa beruht. Vgl. auch das oben (§. 10.) über das Schenkungsversprechen Bemerkte. Daß ich dies in meiner Schrift über die Unmöglichkeit der Leistung nicht hervorgehoben habe, ist ein Mangel, den ich anerkenne. — Was ferner die nachfolgende Unmöglichkeit betrifft, so ist es wahr, daß auch hier ein Einfluß der causa, auf welcher die Schuld beruht, sich zeigt, wie dies aus den Bestimmungen über das beneficium competentiae beim Schenkungsversprechen und über das

Vertrag gültig und der Schuldner, wenn er nicht leisten kann, verpflichtet, das Erfüllungsinteresse dem Mitcontrahenten zu erstatten, einerlei ob er das der Leistung entgegenstehende Hinderniß bei Abschließung des Vertrages gekannt hat oder damit unbekannt gewesen ist, und ob im letzteren Fall sein Nichtwissen ein entschuldbares gewesen ist oder nicht. Der Mitcontrahent ist hier so sehr gesichert, wie er überhaupt es im Rechtsverkehr sein kann. Doch können die Umstände sich so gestalten, daß es für ihn vortheilhafter sein würde, den geschlossenen Vertrag wieder aufzuheben, so z. B. wenn ihm eine fremde Sache verkauft ist, die nachher zu Grunde gegangen ist. Für diese Fälle gilt nun unzweifelhaft die Regel, daß es nicht vom Belieben des Mitcontrahenten abhängt, statt des Erfüllungsinteresses das negative Interesse zu fordern, daß vielmehr ein solches Recht ihm nur zusteht, wenn sein Gegner bei Abschließung des Vertrages sich eines dolus schuldig gemacht hat [3]).

Die Fälle, in denen der Contract wegen Unfähigkeit des

---

receptum arbitrii sich ergiebt. Der Satz, daß, sofern es sich um Leistung einer species handelt, auch die nachfolgende subjective Unmöglichkeit in Betracht kommt, sofern keine zu prästirende culpa vorliegt, wird dadurch nicht alterirt. Dieser Satz gilt auch für den Kaufcontract. Vgl. besonders L. 33. D. locati (19. 2). L. 7. §. 13. D. comm. div. (10. 3). L. 13. §. 17. D. de A. E. (19. 1). — Was Hartmann hier an die Stelle des von ihm perhorrescirten „vagen Mißbegriffs der subjectiven Unmöglichkeit" setzt, scheint mir noch vager zu sein. — Wenn Hartmann (S. 249) endlich bemerkt, die Frage, welches Hinderniß zur Befreiung des Schuldners genüge, lasse sich nur in untrennbarem Zusammenhang mit der Frage der Zurechnung zur Schuld entscheiden, so ist dies insofern richtig, als bei Entscheidung der Frage, ob im einzelnen concreten Fall der Schuldner befreit ist, regelmäßig nicht allein die Beschaffenheit des Hindernisses, sondern auch das subjective Verhalten des Schuldners in Betracht kommt. Ferner ist es durchaus richtig, daß derselbe thatsächliche Hergang beim Depositum eine Befreiung des Schuldners zur Folge haben kann, während er diese Folge für den Käufer nicht hat, weil die Haftung für culpa in Ansehung der zur Abwendung, bezw. Ueberwindung von Hindernissen zu machenden Anstrengungen stärkere Anforderungen an den Schuldner stellt, als die Haftung für dolus. Dies Alles ist von mir niemals bestritten worden. Will man aber wissenschaftlich die Lehre darstellen, so ist es meiner Meinung nach geboten, die beiden oben erwähnten Fragen von einander zu sondern. Es ist nöthig festzustellen, welche Hindernisse der Art sind, daß es bei ihnen für die Frage nach der Befreiung des Schuldners auf das subjective Verhalten desselben ankommt, und welche Hindernisse der Art sind, daß sie schlechthin nicht in Betracht kommen können, daß also die Frage nach dem subjectiven Verhalten des Schuldners bei ihnen gar nicht zur Erwägung kommt.

3) S. oben §. 4.

Objectes nichtig ist, sind ihrer ganz überwiegenden Mehrzahl nach von keiner so großen praktischen Bedeutung, daß eine Abweichung von der Regel, daß nur für dolus in contrahendo zu haften ist, zur Sicherung des Verkehrs als nöthig erscheinen könnte. Es kann sich im Allgemeinen nur fragen, ob nicht von dem, den Bestimmungen über das Mandat zu Grunde liegenden Gesichtspunkt aus unter Umständen eine Haftung, zwar nicht zur Leistung des negativen Interesses, wohl aber zur Erstattung des positiven Schadens anzunehmen ist, wie z. B. wenn der Verkäufer in einem solchen Fall den Käufer zu einer Reise behufs Entgegennahme des Kaufobjects veranlaßt hat. Ich trage kein Bedenken, dies zu bejahen. S. oben S. 79 fg.

Was so eben über das praktische Bedürfniß gesagt ist, dürfte jetzt allgemein gelten. Im Alterthum gab es aber einen Fall, an welchen sich ein sehr bedeutendes Verkehrsinteresse knüpfte, nämlich den Fall, wenn ein freier Mensch zum Gegenstande eines Kaufcontracts gemacht war, und auf diesen Fall beziehen sich denn auch besondere Bestimmungen [4]).

Daß ein freier Mensch nicht Gegenstand einer obligatorischen Leistung sein kann, liegt zu Tage und aus diesem Grunde ist denn auch von den Römern die Stipulation eines freien Menschen für

---

4) In meinen Beiträgen, I. S. 134 fg. habe ich die Bestimmung über die Gültigkeit des Verkaufs einer nicht existirenden Forderung auch als eine Ausnahmsbestimmung aufgefaßt, indem ich hier eine Unfähigkeit des Objects, ebenso wie im Fall einer nicht existirenden Erbschaft, annahm. Ich halte diese Ansicht jetzt für unrichtig und stimme dem bei, was Jhering S. 70 fg. in dieser Beziehung ausführt. Jhering vergleicht, wie ich glaube, ganz mit Recht, den Verkauf einer nicht existirenden Forderung mit dem Fall, wenn Jemand eine superficies an einem fremden Hause verkauft, während weder ihm selbst noch einem Anderen ein solches Recht an dem Hause zusteht. Im letzteren Fall existirt freilich keine superficies, aber die Sache ist da, welche, wenn ich mich so ausdrücken darf, fähig ist, die Vortheile einer superficies zu gewähren. Ebenso ist im Fall einer nicht existirenden Forderung die Person des angeblichen Schuldners da, welche an sich (abgesehen von ihren individuellen Verhältnissen) fähig ist, die Handlung, welche den Gegenstand der angeblichen Forderung bilden soll, vorzunehmen. Selbstverständlich ist, was Jhering auch hervorhebt, vorauszusetzen, daß eine solche Forderung, wie die verkaufte, wirklich existiren könnte. Außerdem kann der Natur der Sache nach von einem Zwange zur Leistung des Erfüllungsinteresses nicht die Rede sein, wenn es an jedem Anhaltspunkt für die Bestimmung des Gegenstandes der Forderung fehlt.

nichtig erklärt[5]). Die logische Consequenz würde dahin geführt haben, in gleicher Weise den Verkauf eines freien Menschen für nichtig zu erklären. Man hielt es aber für nöthig, gerade bei dem Menschenhandel, welcher eine so große Bedeutung für den Verkehr hatte und bei dem eine Täuschung so leicht vorkommen konnte[6]), den gutgläubigen Käufer in einem höheren Grade sicher zu stellen. Wie ist nun aber diese größere Sicherstellung zuwege gebracht? Nicht dadurch, daß dem Käufer allgemein eine Klage auf das negative Interesse eingeräumt wurde, sondern dadurch, daß der Kaufcontract für den Fall, daß der Käufer in gutem Glauben gewesen war, als gültig angesehen wurde. Der Käufer konnte jetzt, wenn der gekaufte Mensch gerichtlich für frei erklärt wurde, den Verkäufer mit der actio emti auf das Erfüllungsinteresse[7]) oder mit der Klage aus der stipulatio de evictione auf das Doppelte des Kaufpreises verklagen und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dem Verkäufer ein Betrug, bezw. eine anderweitige Verschuldung bewiesen werden konnte oder nicht. Der Käufer eines freien Menschen war hiernach gerade in derselben Weise geschützt, wie derjenige, dem ein fremder Sclave verkauft war.

Die Gültigkeit des über einen freien Menschen abgeschlossenen Kaufcontracts wird freilich von Ihering (S. 63 fgg.) bestritten und in der That ist sie auch von einigen römischen Juristen nicht anerkannt[8]). Für das spätere römische Recht steht der Satz, daß der

---

5) Gajus III. §. 97. L. 1. §. 9. D. de O. et A. (44. 7). L. 83. §. 5. L. 103. D. de V. O. (45. 1). Vgl. auch meine Beiträge I. S. 113 fg.

6) „Quia difficile dinosci potest liber homo a servo." L. 5. D. de contrah. emt. (18. 1).

7) Daß eine Berechnung des Erfüllungsinteresses (des Werths, den der verkaufte Mensch, falls er ein Sclave gewesen wäre, für den Käufer gehabt hätte) hier sehr wohl möglich war, läßt sich nicht bestreiten. Wenn Ihering S. 64 gegen eine derartige Schätzung bemerkt, daß man dann ebenso gut die res extra commercium so hätte taxiren können, als ob sie eine res in commercio wäre, so räume ich dies ein; daraus folgt aber Nichts. Daß man einen Unterschied zwischen dem Verkauf eines freien Menschen und dem Verkauf einer res extra commercium machte, läßt sich ohne alle Schwierigkeit aus der verschiedenen Bedeutung, welche diese Fälle für das Verkehrsleben hatten, erklären. Zudem wurde der Unterschied nicht von allen Juristen gemacht.

8) Vgl. L. 70. D. de contrah. emt. (18. 1): „plerique existimaverunt". Möglich ist es, daß auch Papinian zu denjenigen gehörte, welche die Gültigkeit nicht annahmen; doch läßt sich dies aus der L. 27. §. 1. D. ad S. C. Vellej. (16. 1) nicht mit Sicherheit folgern. Da die Fälle, mit welchen der Kauf eines

erwähnte Kaufcontract, falls der Käufer in gutem Glauben war, gültig sei, meiner Ueberzeugung nach völlig fest. Dieser Satz wird auf das Ausdrücklichste und Unzweifelhafteste in einigen Stellen bezeugt [9]); er ergiebt sich ferner daraus, daß in einer Reihe von Stellen der Fall, wo ein verkaufter freier Mensch für frei erklärt wird, genau ebenso behandelt wird, wie der Fall der Eviction einer verkauften fremden Sache [10]). Die positiven Gründe endlich, welche

---

freien Menschen in der L. 27. §. 1. cit. zusammengestellt wird, solche sind, in denen eine Kenntniß des Mangels auf Seiten des Geschädigten vorausgesetzt werden muß, so liegt die Annahme nahe, daß Papinian nur an den wissentlichen Ankauf eines freien Menschen gedacht hat.

9) S. besonders L. 4. D. quib. ad libert. (40. 13) und L. 70. D. de contrah. emt. (18. 1). Wenn Jhering meint, daß die L. 70 nur vom negativen Interesse verstanden werden könne, weil der Verfasser der Stelle, Rufinus in der L. 4. D. quib. ad libert. den Verkauf eines freien Menschen für nichtig erklärt habe, so läßt sich diese Erklärung mit den Worten der Stelle schlechterdings nicht vereinigen. Ueberdies ist zu bemerken, daß die L. 70. cit., in der Rufinus als selbständiger Schriftsteller auftritt, ohne Zweifel aus einer späteren Zeit herrührt, als seine Aeußerung in der L. 4. cit., in welcher er den Paulus um eine Belehrung bittet. Und daß Rufinus, nachdem er vom Paulus bei Gelegenheit der in L. 4. cit. erwähnten Vorfrage belehrt worden ist, sich der Ansicht dieses älteren und berühmteren Juristen angeschlossen hat, ist doch nicht so unglaublich, daß man um deßwillen die Worte: emtionem contrahi posse so verstehen müßte, als wenn gesagt wäre: emtionem contrahi non posse.

10) L. 39. §. 3. D. de evict. (21. 2). L. 20. §. 4. D. de liberali causa (40. 12). L. 4. D. quib. ad libertatem (40. 13). L. L. 18. 21. 25. C. de evict. (8. 45). L. 8. C. de sentent. et interlocut. (7. 45). Jhering bemerkt gegen die Beweiskraft dieser Stellen, daß der Anspruch auf Evictionsleistung eben so gut auf das negative, wie auf das positive Vertragsinteresse gerichtet werden könne und ferner, daß die Wirksamkeit der stipulatio de evictione keine Schwierigkeit mache, da man auch den Betrag des negativen Interesses gleich im Voraus fixiren könne. Das Letztere muß als möglich zugegeben werden; aber sicherlich wird der Gedanke an eine solche Auffassung der dupla den Contrahenten regelmäßig völlig fern gelegen haben. Sieht man auf den Willen der Contrahenten, so kann man die stipulatio de evictione nur als eine accessorische Obligation ansehen, mithin als eine Obligation, deren Wirksamkeit durch die Gültigkeit der Hauptobligation bedingt ist. Dem entsprechend stellt Paulus in der L. 4. D. quib. ad libert. (40. 13) auch Beides, die Gültigkeit des Kaufcontracts und die Gültigkeit der stipulatio de evictione zusammen. — Die fernere Behauptung, daß der Anspruch auf Evictionsleistung auch auf das negative Interesse gerichtet werden könne, findet in den Quellen keine Unterstützung; die von Jhering citirten Stellen (L. 27. §. 5. L. L. 28—31. D. de rei vind. 6. 1) handeln nicht von dem Anspruch des Käufers gegen seinen Auctor, sondern von dem Anspruch auf Erstattung der Impensen, den der verklagte Besitzer einer Sache gegen den vin-

Ihering für seine Ansicht anführt, scheinen mir nichts weniger als beweisend [11]).

Einige römische Juristen gingen noch weiter, indem sie auch den Verkauf einer res extra commercium als gültig ansahen [12]). Diese Ansicht ist aber nicht durchgedrungen [13]), ohne Zweifel, weil man hier ein gleich dringendes praktisches Bedürfniß nicht anerkennen konnte [14]).

---

vincirenden Eigenthümer durch eine Einrede geltend machen kann. Mit der ganzen Art und Weise, wie die Römer die Klage wegen Eviction auffassen, läßt sich eine Klage auf das negative Interesse nicht in Einklang bringen. S. auch oben S. 22 fg.

11) Um seine Ansicht positiv zu begründen, beruft Ihering sich auf die L. 27. §. 1. D. ad S. C. Vellej. (16. 1), von der bereits in der Anm. 8 die Rede gewesen ist, sowie darauf, daß die Stipulation eines freien Menschen ungültig war und daß in mehreren Stellen der Verkauf eines freien Menschen mit dem Verkauf einer res extra commercium auf eine Linie gestellt wird. Aber aus dem, was für die Stipulation galt, kann man nicht ohne Weiteres Schlüsse für den Kaufcontract ziehen; es entspricht ganz dem Charakter der Stipulation, daß man hier dem praktischen Bedürfniß keinen so großen Einfluß gestattete. Die Stellen ferner, in denen der Verkauf eines freien Menschen und der Verkauf einer res extra commercium zusammengestellt werden (L. 4. D. de contrah. emt. §. 5. J. de emt.), sind solche, in welchen auch der Verkauf einer res extra commercium für gültig erklärt wird; in denjenigen Stellen, welche unzweifelhaft den Kaufcontract über eine res extra commercium für nichtig erklären, wird man eine solche Zusammenstellung vergeblich suchen. Vgl. auch L. 34. §§. 1. 2. D. de contrah. emt. (18. 1).

12) L. 4. L. 6. pr. D. de contrah. emt. (18. 1).

13) Paulus, Ulpian und Modestinus sprechen sich übereinstimmend für die Ungültigkeit aus. L. L. 22–24. L. 34. §. 1. L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1). L. 8. §. 1. D. de relig. (11. 7).

14) G. Hartmann, die Obligation S. 171 fg. S. 181 fg. nimmt, wie ich, die Gültigkeit des Verkaufs eines freien Menschen an, er polemisirt aber dagegen, daß dies als eine Ausnahme von der Regel: impossibilium nulla obligatio zu betrachten sei. Ein solcher Satz könne überhaupt seiner Natur nach keine Ausnahme zulassen; was wahrhaft unmöglich sei, könne vom Recht nicht als nothwendig gesetzt werden. — Mir scheint dies in keiner Weise überzeugend. Das Recht kann selbstverständlich Niemanden zwingen, eine wahrhaft unmögliche Leistung vorzunehmen; dies wäre eine Absurdität. Demgemäß kann das Recht, wie ja auch Hartmann annimmt, den Verkäufer eines freien Menschen nicht zwingen, diesen so, als ob er ein Sclave wäre, dem Käufer zu leisten. Es ist aber kein innerer Widerspruch, wenn das Recht mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs der unmöglichen Leistung eine mögliche (die Leistung des Interesses) substituirt. — Der praktische Grund, weshalb Hartmann die Gültigkeit des Verkaufs eines freien Menschen nicht als Ausnahme gelten lassen will, liegt darin, daß er die Gültigkeit des Contracts auch, wo es sich um res extra commercium

§. 15.

Casuistik. — Absichtliche und unabsichtliche Nichtübereinstimmung der Erklärung mit dem Willen. — Irrthum und Versehen.

Unter der Rubrik: Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens faßt Ihering zwei wesentlich verschiedene Classen von Fällen zusammen, nämlich:

1. die Fälle, in welchen die Erklärung nicht mit dem Willen übereinstimmt,
2. die Fälle, in welchen der ursprünglich vorhanden gewesene Wille später weggefallen und in Folge davon kein gültiger Vertrag zu Stande gekommen ist.

In den zuerst angeführten Fällen handelt es sich für uns vorzugsweise um die Frage: inwiefern ist derjenige, dessen Erklärung nicht mit dem Willen übereinstimmt, dem Mitcontrahenten verpflichtet? Bei Beantwortung dieser Frage werde ich zunächst die Fälle der Vertragsschließung durch Mittelspersonen bei Seite lassen.

Die Frage, inwieweit es bei der Nichtübereinstimmung von Willen und Erklärung auf den einen oder auf die andere ankommt, ist in der neuesten Zeit Gegenstand vielfacher Erörterungen gewesen. Die Ansichten gehen in dieser Beziehung weit aus einander. Es ist unmöglich, hier ausführlicher auf die Frage einzugehen; auf der anderen Seite läßt sie sich aber auch nicht ganz umgehen.

Bei der erwähnten Frage kann es sich, da wir es hier mit *juristischen* Willenserklärungen zu thun haben, nicht bloß darum handeln, ob der Betreffende dasjenige, was er erklärt hat, auch hat *erklären* wollen; es handelt sich zugleich darum, ob er die der Erklärung entsprechende rechtliche Wirkung hat herbeiführen wollen. Das Charakteristische der juristischen Willenserklärung ist eben, daß der Wille auf eine Aenderung in den Rechtsverhältnissen, möge dies

---

handelt, anerkannt wissen will, sofern bei diesen Sachen eine ähnliche Schwierigkeit richtigen Erkennens obwaltet. Gegen diese Ansicht gilt aber, daß die Quellen nicht die geringste Andeutung davon enthalten, daß die römischen Juristen die Entscheidung von dem eben erwähnten Moment abhängig gemacht haben. Insonderheit sprechen die Stellen, welche den Kaufcontract über eine res extra commercium für nichtig erklären, so allgemein, daß es durchaus willkürlich ist, die Entscheidung auf Fälle zu beschränken, in welchen die Sache als eine res extra commercium leicht erkennbar war.

nun eine materielle oder, wie vielfach bei der Novation und dem Constitutum, nur eine formelle sein, gerichtet ist. Bei den Schuldverträgen handelt es sich demzufolge darum, ob das Vorhandensein eines Willens, der auf die Begründung eines der Erklärung entsprechenden obligatorischen Verhältnisses gerichtet ist, für erforderlich gehalten werden muß [1]).

Meines Erachtens kann es nicht wohl zweifelhaft sein, daß das römische Recht nicht allein bei den letztwilligen Verfügungen, sondern auch bei den Schuldverträgen davon ausgeht, daß die Willenserklärung nur insoweit gilt, als ihr ein wirklicher Wille zu Grunde liegt. Daß dies das Princip ist, von welchem das römische Recht ausgeht, ergiebt sich mehr noch, als aus den einzelnen Entscheidungen, welche man dafür anführt, und die sich theilweise auch mit der entgegengesetzten Ansicht vereinigen lassen, aus der ganzen Art und Weise, wie die römischen Juristen bei der Entscheidung der einzelnen Fälle ihre Ansicht begründen und dabei immer auf den Willen der Contrahenten (die voluntas, die mens, id quod senserint) zurückgehen [2]). Eine strenge Durchführung des erwähnten Princips würde aber, wie sich nicht verkennen läßt, die Sicherheit des Verkehrs in hohem Grade gefährden, indem diese wesentlich darauf beruht, daß man dem Erklärten Glauben schenken kann. Es wäre wunderbar, wenn die römischen Juristen, denen man doch eine Einsicht in die Verhältnisse des wirklichen Lebens und die Bedürfnisse des Verkehrs nicht absprechen kann, dies vollständig verkannt haben sollten; meiner Meinung nach ist dies denn auch keineswegs der Fall gewesen.

In Einer Beziehung wird dies allgemein zugegeben, indem der Mentalreservation die Wirksamkeit abgesprochen wird. Der Urheber einer Willenserklärung kann sich durch die Berufung auf eine Mentalreservation nicht vertheidigen. Dies ist unläugbar eine Ausnahme von dem Princip, aber eine Ausnahme, welche, wie Zitelmann mit Recht hervorhebt, aus den allgemeinen Grundsätzen des

---

1) S. darüber Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 3. S. 7 fg., sowie Zitelmann, Jahrbücher XVI. S. 362 fg. und daselbst besonders die gegen Schloßmann gerichtete Ausführung S. 384 fg.

2) Vgl. Windscheid a. a. O. S. 15—17 und Zitelmann a. a. O. S. 423—428. Außerdem möchte ich noch namentlich hervorheben, daß die Bestimmungen in Betreff der actio institoria, welche nach der entgegengesetzten Ansicht der Regel entsprechen würden, in den Quellen als Ausnahmsbestimmungen bezeichnet werden, die propter utilitatem angenommen sind.

römischen Rechts über die Geltendmachung der Rechte sich ergiebt. Die Mentalreservation enthält eine Lüge; wer sich auf die Mentalreservation beruft, beruft sich auf eine Unsittlichkeit, nämlich darauf, daß er gelogen habe; eine derartige Vertheidigung ist aber nach den Grundsätzen des römischen Rechts für unzuläßig zu erachten [3]).

Die römischen Juristen sind jedoch hierbei nicht stehen geblieben. Dies ergiebt sich zunächst aus den Grundsätzen, welche sie über die Haftung des Principals aus den Verträgen des institor und des magister navis aufstellen. Als Regel gilt auch hier dem oben erwähnten Princip entsprechend, daß der Principal durch die Verträge des Stellvertreters nur insoweit verpflichtet wird, als der Stellvertreter wirklich bevollmächtigt war und innerhalb der Gränzen der ihm ertheilten Vollmacht gehandelt hat. Zur Sicherung des Verkehrs („propter utilitatem“, „ne contrahentes decipiantur“) sind aber, wie wir im folgenden Paragraphen sehen werden, sehr erhebliche Abweichungen von dem aufgestellten Princip zugelassen [4]).

---

3) Siehe besonders Windscheid a. a. O. S. 27 fgg. und Zitelmann a. a. O. 400 fgg.

4) Zitelmann 390 fg. findet darin, daß der Widerruf einer Willenserklärung oder der Tod des Erklärenden gegen denjenigen nicht wirkt, der bona fide, ohne von dem Widerruf oder Tod zu wissen, gemäß der Willenserklärung gehandelt hat, keine Abweichung von dem Princip. In der Zurücknahme der früheren Willenserklärung liegt eine neue Willenserklärung und es handelt sich hier wesentlich um die Voraussetzung der Wirksamkeit dieser neuen Willenserklärung. Das römische Recht konnte, wie Zitelmann ausführt, zur Wirksamkeit derselben die erlangte Kunde des Erklärungsempfängers fordern, ohne mit dem zur Frage stehenden Princip sich in Widerspruch zu setzen. — Hiergegen ist zu bemerken, daß diese Auffassung, wie auch Zitelmann anerkennt, nicht die Auffassung des römischen Rechts ist, indem dieses den erwähnten Satz als einen „utilitatis causa“ angenommenen betrachtet. §. 10. J. de mandato (3. 26). Sodann würde Zitelmanns Deduction nur zutreffen, sofern es sich um das Verhältniß zwischen dem Mandanten und Mandatar handelt; daß der Principal aus den Geschäften, welche der Institor nach erloschener Vollmacht abschließt, dem gutgläubigen Dritten haftet, läßt sich auf die angegebene Weise nicht construiren, und wird auch in L. 17. §. 2. D. de instit. act. (14. 3) ausdrücklich als „propter utilitatem promiscui usus“ angenommen bezeichnet. — Noch weniger läßt es sich, wie mir scheint, bestreiten, daß eine Abweichung von dem Princip darin liegt, daß der exercitor navis nach L. 1. §. 5. D. de exercit. (14. 1) unter Umständen auch aus Geschäften haftet, welche der Schiffsführer gegen die ihm ertheilte Instruction abgeschlossen hat, sowie darin, daß der Principal nach L. 11. §§. 2. seq. D. de instit. (14. 1) durch Verträge verpflichtet werden kann, welche eine gar nicht von ihm bevollmächtigte Person für ihn abgeschlossen hat.

Sodann kommen verschiedene Stellen in Betracht, welche sich auf die Auslegung der Verträge beziehen. Das aufgestellte Princip führt dahin, daß jede Willenserklärung in dem Sinne zu verstehen ist, in welchem sie von ihrem Urheber abgegeben ist. Demgemäß ist für die Auslegung der Proposition die Willensmeinung des Proponenten, für die Auslegung der Annahmeerklärung die Willensmeinung des Annehmenden, mithin die Art und Weise, wie er die Proposition aufgefaßt hat, maßgebend. Ergiebt sich hiernach ein Dissens in einem irgendwie wesentlichen Punkte, so ist der Vertrag als nicht zu Stande gekommen zu betrachten[5]). Auch hier würde eine strenge Durchführung des Princips in der Praxis zu überaus vielen Verwickelungen und Unzuträglichkeiten führen; und demzufolge finden wir denn auch in den Quellen vielfach eine Auslegung anerkannt, die nicht sowohl sich nach dem richtet, was der eine Contrahent sich wirklich bei seiner Erklärung gedacht hat, als nach dem, was er sich dabei hat denken müssen.

So wird in L. 12. D. de transact. (2. 15) die Einwendung der einen Partei, daß sie bei dem generell abgefaßten Vergleich über die Ansprüche aus dem Testament nur an die Ansprüche aus dem ersten Theil des Testaments gedacht habe, ohne weiteres zurückgewiesen. So wird ferner in L. 29. D. locati (19. 2) bei der Auslegung des dort erwähnten Nebenvertrages ohne Weiteres das, was der Vermiether sich dabei gedacht hat, als Inhalt des Vertrages angenommen, indem offenbar davon ausgegangen wird, daß der Miether das auch habe denken müssen. Sodann kann man auch auf die Stellen sich berufen, nach welchen in den Fällen einer dunkeln und zweideutigen Erklärung die dem Verkäufer oder Verpächter ungünstigere Auslegung vorzuziehen ist[6]).

Ganz besonders interessant ist aber die Vergleichung zweier Stellen, auf welche Schloßmann[7]) aufmerksam gemacht hat, der L. 33. D. de auro leg. (34. 2) und der L. 110. §. 1. D. de V. O. (45. 1), welche beide dem 4. Buche des Pomponius ad Q. Mucium entnommen sind. In der ersten Stelle bemerkt Pomponius, daß es bei dem Vermächtniß der männlichen oder weiblichen Kleidungs-

5) Windscheid a. a. O. S. 38.

6) L. 39. D. de pactis (2. 14). L. L. 21. 33. D. de contrah. emt. (18. 1). L. 172. pr. D. de R. J. (50. 17).

7) Schloßmann, der Vertrag. S. 122 fg., der jedoch Folgerungen aus diesen Stellen zieht, die dem sonstigen Inhalt der Quellen nicht entsprechen.

stücke nicht darauf ankomme, „quae (vestis) revera aut muliebris aut virilis sit“, sondern allein darauf: „de qua senserit testator“. Er fährt darauf fort: „namet Quintus Titius ait, scire se quendam senatorem muliebribus coenatoriis uti solitum, qui, si legaret muliebrem vestem, non videretur de ea sensisse, qua ipse quasi virili utebatur.“ Dagegen spricht sich Pomponius in der L. 110. §. 1. D. de V. O. (45. 1) folgendermaßen aus:

„Si stipulatus fuero de te: vestem tuam, quaecunque muliebris est, dare spondes? magis ad mentem stipulantis, quam ad mentem promittentis id referri debet, ut, quid in re sit, aestimari debeat, non quid senserit promissor; itaque si solitus fuerat promissor muliebri quadam veste uti, nihilominus debetur.“

Bei den letztwilligen Verfügungen, bei welchen das Princip von der entscheidenden Bedeutung des Willens ohne Gefährdung der Interessen des Verkehrs durchgeführt werden kann, wird dasselbe in seiner vollen Consequenz und Schärfe durchgeführt. Anders bei den Schuldverträgen; hier, wo die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs sich geltend macht, wird nicht mit gleicher Strenge daran festgehalten. Der Promissor wird mit dem Einwande, daß er bei seiner Erklärung den Ausdruck: vestis muliebris in einem engeren Sinne, als der Stipulator, verstanden habe, nicht gehört. Er konnte nicht anders annehmen, als daß der Stipulator bei der Stipulationsfrage den Ausdruck in dem üblichen Sinne verstanden habe, und da er die Frage ohne Einschränkung bejaht hat, so wird er als ein in diesem Sinne sie Bejahender betrachtet.

Das Material, welches wir in den Quellen finden, ist nicht so reichhaltig, daß wir daraus entnehmen könnten, wie weit wohl die Römer auf dem angegebenen Wege gegangen sind, wo die Grenze ist, über welche nicht hinausgegangen werden kann. Man kann unter diesen Umständen nicht umhin, der Praxis eine gewisse Freiheit in der Bewegung zu gestatten. Hierbei ist es aber wichtig, Folgendes stets vor Augen zu haben.

Insofern es sich um das Verhältniß von Willen und Willenserklärung handelt, gilt als Princip, daß die Willenserklärung nur insofern eine Geltung hat, als das Erklärte auch gewollt ist. Wo Abweichungen davon anerkannt werden, da ist dies „propter utilitatem“, mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs geschehen und

demnach ist man auch nur insoweit zur Annahme von Abweichungen berechtigt, als die Sicherheit des Verkehrs dies erheischt. Eben deshalb halte ich es nicht für zulässig, bei dem Schenkungsversprechen eine Abweichung von dem Princip zuzulassen [8]). Ferner darf man, auch wenn man eine Abweichung zuläßt, nicht weiter gehen, als eben die Sicherheit des Verkehrs es erfordert. Endlich ist — was auch damit zusammenhängt, daß wir es hier mit Abweichungen von der Regel zu thun haben — nicht allein nöthig, daß der Empfänger der Erklärung von dem abweichenden Willen keine Kenntniß gehabt hat, sondern daß er nach Lage der Umstände auch keinen Grund hatte, einen von der Erklärung abweichenden Willen zu vermuthen. Lag die Sache so, daß Grund zu einem solchen Verdacht vorhanden war, so kann der Empfänger der Erklärung sich nicht auf seine bona fides berufen, sofern er es unter-

8) Vgl. L. 10. C. de donat. (8. 54): „Nec ignorans nec invitus quisquam donat. Unde si de hoc fundo non cogitasti, cujus velut donationi te consensisse continetur instrumento, majores veritate rei, quam scriptura vires obtinente, intelligis, de quo non cogitasti nec specialiter subscripsisti, nihil te perdidisse“. Die Anfangsworte sind unzweideutig; auch enthält der fernere Inhalt der Stelle nicht, wie Röver (Bedeutung des Willens S. 45 fg.) wegen der Worte „nec specialiter subscripsisti“ annimmt, eine Einschränkung des in den Anfangsworten aufgestellten Grundsatzes. — Unter dem specialiter subscribere ist, wie aus L. 15. §. 1. D. de l. Cornelia de falsis (48. 10) und L. L. 2. 6. C. de his, qui sibi adscribunt (9. 23) hervorgeht, ein Unterzeichnen zu verstehen, dem der Unterzeichner eigenhändig eine Bemerkung hinzufügt, in welcher er den speciellen Inhalt der Urkunde, um den es sich gerade handelt, besonders wieder anführt und sich damit einverstanden erklärt. In dem Fall der L. 10. C. cit. ist also unter dem specialiter subscribere ein Unterzeichnen zu verstehen, bei dem der Unterzeichner zugleich in eigenhändiger Beischrift sein Einverständniß mit der Schenkung des bestimmten, in der Urkunde genannten fundus bezeugt und zwar so, daß die Identität des von ihm bezeichneten und des in der Urkunde genannten fundus feststeht. Hat nun ein solches specialiter subscribere stattgefunden, so kann, wie ich auch annehme, der Unterzeichner (wenigstens in der Regel) mit der Behauptung, daß er dennoch an diesen bestimmten fundus nicht gedacht habe, nicht gehört werden, indem diese Behauptung unter den obwaltenden Umständen von vorn herein ganz unglaublich ist. Ich sehe nicht ein, wie dies mit der Ansicht, daß auf den Willen das entscheidende Gewicht zu legen ist, in Widerspruch stehen sollte, da ja eben hier ein dem Inhalt der Urkunde entsprechender Wille anzunehmen ist. — Ueberdies ist zu bemerken, daß die L. 10. C. cit. ein Rescript ist und auf einen Fall sich bezieht, in welchem ein specialiter subscribere nicht stattgefunden hatte. Die Anwendung des arg. a contrario ist also, wenn sie auch im gegenwärtigen Fall nicht bedenklich sein dürfte, doch nicht ohne Weiteres zulässig.

lassen hat, durch Anstellung von Erkundigungen sich über den Grund oder Ungrund des Verdachtes zu vergewissern. Inwieweit hiernach im einzelnen Fall eine besondere diligentia gefordert werden kann, hängt von den Umständen ab [9]).

Es fragt sich nun, ob und inwieweit in den Fällen, in welchen die Erklärung nicht mit dem Willen übereinstimmt, von einer Haftung des Erklärenden wegen culpa die Rede sein kann.

Es kann absichtlich etwas erklärt sein, was nicht gewollt ist, oder es kann dies unabsichtlich geschehen sein. Im letzten Fall hat der Urheber der Erklärung zwar seine Erklärung ernstlich gemeint, aber das, was objectiv betrachtet in der Erklärung liegt, nicht erklären wollen, während in dem ersten Fall die Sache sich gerade umgekehrt verhält, indem der Erklärende nichts Anderes erklärt hat, als was er hat erklären wollen, sein Wille aber darauf gerichtet gewesen ist, daß seine Erklärung keine oder doch keine ihrem Inhalt entsprechende Rechtswirkung haben solle. Die Hauptfälle der absichtlichen Nichtübereinstimmung der Erklärung mit dem Willen sind die Fälle des Scherzes und der Simulation.

Daß eine im Scherz abgegebene Erklärung keine Rechtswirkung hat, wird ausdrücklich in den Quellen anerkannt [10]) und nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts kann man die Einrede, im Scherz gesprochen zu haben, nur dann ausschließen, wenn der Erklärende eines dolus sich schuldig gemacht hat. [11]) Abgesehen von den Fällen eines dolus oder einer lata culpa, die dem dolus gleich zu stellen ist, werden aber die Umstände regelmäßig so gestaltet sein, daß der Empfänger der Erklärung den Mangel einer ernstlichen Absicht erkennen mußte oder wenigstens doch hinreichenden Grund hatte, an dem Vorhandensein eines ernstlichen Willens zu zweifeln. [12]) Ein praktisches Bedürfniß für ein besonderes Schutzmittel zu Gunsten des Empfängers der Erklärung liegt hier nicht vor.

Bei der Simulation (in dem Sinn, in welchem dieser Ausdruck gewöhnlich gebraucht wird) sind beide Contrahenten darüber einig, daß ihre Erklärung nicht die dem Inhalt derselben entsprechende

9) Vgl. L. 7. D. de exercitoria (14. 1).

10) L. 3. §. 2. D. de O. et A. (44. 7).

11) Vgl. Windscheid a. a. O. S. 34 fg.

12) Solcher Art scheinen denn auch die in L. 3. §. 2. D. de O. et A. (44. 7.) erwähnten Fälle zu sein. Windscheid a. a. O. S. 18. Anm. 17.

Rechtswirkung haben soll. Hier kann es sich nur darum handeln, ob und inwieweit Dritte, welche durch eine solche Erklärung getäuscht werden, Rechte aus derselben ableiten können, — eine Frage, bei deren Entscheidung ganz besonders die Analogie der Grundsätze, welche das römische Recht über die Vertragsschließung durch Stellvertreter aufstellt, von Bedeutung sein wird.[13])

Ehe ich jetzt zu den Fällen übergehe, in welchen unabsichtlich etwas Nichtgewolltes erklärt ist, muß ich zunächst in der Kürze die Fälle ins Auge fassen, in welchen die Erklärung ernstlich gemeint und das Erklärte auch wirklich gewollt, der betreffende Wille aber durch Irrthum, Betrug oder Drohung veranlaßt worden ist.

Der Irrthum in den Beweggründen kommt im Allgemeinen nicht in Betracht, weil er der Regel nach auf die Gültigkeit des Geschäfts keinen Einfluß hat. Dies wird selbst in Betreff der Schenkung als Regel angenommen.[14]) Anders verhält es sich, wenn der Wille, welcher

---

13) Zur Illustration möge folgendes Beispiel dienen. A., der in der Nähe eines dem Staat gehörigen Etablissements ein Grundstück besitzt und der Meinung ist, daß die bevorstehende Erweiterung des Etablissements zu einer Expropriation des Grundstücks führen wird, errichtet mit B. einen schriftlichen Kaufcontract über das fragliche Grundstück, in welchem zugleich die Berichtigung des Kaufpreises und die erfolgte Tradition des Grundstücks bescheinigt werden. Die Berichtigung des Kaufpreises und die Tradition sind aber in Wahrheit nicht erfolgt; vielmehr ist die Urkunde nur zu dem Zweck errichtet, daß B. unter Berufung auf die Höhe des von ihm nach der Urkunde gezahlten Preises bei der Expropriation einen besonders hohen Preis erwirke und diesen sodann nach Abzug einer Provision an A. bezahle. — Die Expropriation erfolgt nicht; B. benutzt aber den Kaufcontract, um unter Bezugnahme auf denselben der mit A. getroffenen Verabredung zuwider ein Geschäft über das Grundstück in seinem eigenen Interesse abzuschließen. Die Entscheidung der Frage, ob A. dieses Geschäft anzuerkennen hat, wird sich danach richten, ob B. nach Maßgabe der von A. ausgestellten Urkunde Dritten gegenüber als legitimirt zur Vornahme des fraglichen Geschäfts erschien. Ist dies der Fall, so findet hier das Sprichwort Anwendung: wer Anderen eine Grube gräbt, fällt selbst hinein.

14) L. 65. §. 2. D. de cond. indeb. (12. 6). — Zu den Fällen, in welchen nur ein Irrthum in den Beweggründen vorliegt, rechne ich den, von Ihering (S. 76) angeführten Fall, wo ein Apotheker in einem Buchladen das „Wurzellexikon von N. N." bestellt und bei dessen Ankunft findet, daß dasselbe nicht von officinellen, sondern von indogermanischen Wurzeln handelt. Der Apotheker hat hier das bestimmte Buch, welches er bestellt hat, auch bestellen wollen. Dieser Wille ist freilich dadurch veranlaßt worden, daß er über den Inhalt des Buches irrte; dies ist aber ein Irrthum in den Beweggründen, dem man einen Einfluß auf die Gültigkeit des Geschäfts nur dann würde beimessen können, wenn er als

der Erklärung zu Grunde liegt, durch Betrug oder Drohung hervorgerufen ist. Ist hier die rechtswidrige Einwirkung auf den Willen des Erklärenden von dem Mitcontrahenten ausgegangen oder mit dessen Wissen erfolgt, so versteht es sich von selbst, daß derselbe keine Rechte aus der Willenserklärung für sich ableiten kann; er ist sogar, insofern ihm eine Theilnahme an dem Betruge oder Zwang zugerechnet werden kann, zur Erstattung des Schadens verpflichtet, welchen der Urheber der Erklärung in Folge der rechtswidrigen Einwirkung auf seinen Willen erlitten hat. Ist die rechtswidrige Einwirkung auf den Willen von einem Dritten ohne Wissen des Mitcontrahenten ausgegangen, so dürfte nach den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkungen des Zwanges und des Betruges Folgendes anzunehmen sein.

Wenn der Urheber der Erklärung durch die Drohung eines Dritten zur Abgebung der Erklärung veranlaßt ist, so kann man zwar die Sache nicht so ansehen, als ob gar kein Wille erklärt sei; praktisch kommt aber für diesen Fall Nichts darauf an, weil der metus in rem wirkt und daher auch der gutgläubige Mitcontrahent aus einer auf diese Weise veranlaßten Willenserklärung keine Rechte für sich ableiten kann. Anders im Fall des Betruges. Da dieser nicht in rem wirkt, so wird hier dem Mitcontrahenten, falls dieser in gutem Glauben war, eine Einrede nicht entgegengesetzt werden können; der Urheber der Erklärung ist hier lediglich auf die actio doli gegen denjenigen, welcher ihn zur Abgebung der Erklärung verleitet hat, beschränkt. Eine Ausnahme ist nur für die Fälle anzunehmen, in denen es sich für den Mitcontrahenten um einen lucrativen Erwerb handelt.[15]) In allen den Fällen, in welchen dem Vorstehenden zufolge das Geschäft der Anfechtung unterliegt, kann der Mitcontrahent, wenn er dadurch, daß er das Geschäft

---

ein sog. error in substantia zu betrachten wäre, was entschieden nicht der Fall ist. Vgl. auch Bähr, Jahrbücher XIV. S. 416.

15) Für die im Text gemachte Unterscheidung kann man sich mit Grund darauf berufen, daß das römische Recht für die Fälle eines lucrativen Erwerbs dem Betruge eine weitergehende Wirkung beilegt und denselben nicht nur gegen den Betrüger, sondern auch gegen den gutgläubigen Erwerber wirken läßt. L. 4. §. 29. D. de doli except. (44. 4). L. 6. §§. 11. 13. D. quae in fraudem creditorum (42. 8). Vgl. auch Bähr, Jahrbücher XIV. S. 421 fg. — Ich halte es hiernach für gerechtfertigt, dem Schenker eine Einrede aus dem Betruge eines Dritten gegen die Klage des Beschenkten aus dem Schenkungsversprechen, sowie im Fall der bereits erfolgten Leistung eine condictio indebiti einzuräumen.

für wirksam hielt, einen Schaden erlitten hat, nur an denjenigen sich halten, von welchem die rechtswidrige Einwirkung auf den Willen des Urhebers der Erklärung ausgegangen ist. Dies ergiebt sich für den zuletzt erwähnten Fall aus den im §. 10 entwickelten Grundsätzen über die Schenkung, für den Fall des Zwanges aus dem, auf den Schutz des Gezwungenen gerichteten Zweck der zur Frage stehenden Bestimmung.

Wenden wir uns jetzt zu den Fällen des sog. wesentlichen Irrthums, so findet sich hier keineswegs immer eine Nichtübereinstimmung der Erklärung mit dem Willen. In manchen Fällen stimmt die Erklärung jedes einzelnen Contrahenten mit dem Willen desselben überein und ein Irrthum findet nur insofern statt, als der eine Contrahent die Willenserklärung des Anderen unrichtig verstanden hat.[16]) In anderen Fällen ist der Irrthum in Wahrheit ein Irrthum in den Beweggründen, dem aber ausnahmsweise eine rechtliche Bedeutung beigelegt ist.[17]) Ein näheres Eingehen auf diese Unterschiede ist aber durch den Zweck der gegenwärtigen Ausführung nicht geboten.

Ihering nimmt an, daß der Irrende, dessen Irrthum die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hat, sofern ihm eine culpa in contrahendo zur Last fällt, zur Leistung des negativen Interesses verpflichtet ist. Er trägt zugleich, da er in der Annahme einer culpa in diesen Fällen nicht schwierig ist, kein Bedenken, in einem sehr weiten Umfange eine Nichtigkeit des Vertrages anzunehmen. Meines Erachtens wird man eine Nichtigkeit des Geschäfts nicht in allen denjenigen Fällen annehmen können, in welchen Ihering sie angenommen hat.

So wird namentlich in den Fällen, wo die Contrahenten über den Werth der Münze, in welcher contrahirt ist, verschiedener Ansicht gewesen sind, bezw. gewesen zu sein behaupten, regelmäßig eine Nichtigkeit des Geschäfts nicht anzunehmen sein, indem der Sprachgebrauch, welcher am Vertragsorte herrscht, als entscheidend anzu-

---

16) So meistens bei dem error (rect. dissensus) in corpore.

17) Dies gilt von dem s. g. error in substantia. Die Erklärung stimmt hier mit dem Willen überein; der Wille beider Contrahenten ist auf das Zustandekommen des Geschäfts unter den verabredeten Bedingungen gerichtet; der Grund aber, weshalb der Käufer einen so hohen Preis versprochen oder der Verkäufer einen so geringen Preis gefordert hat, liegt darin, daß sie sich über die Qualität des Kaufgegenstandes geirrt haben.

sehen ist. Wenn ein Däne in Hamburg eine Sache für 40 Mark kauft, kann er sich nicht darauf berufen, daß er nicht an Reichsmark, sondern an Mark dänisch gedacht habe. Er mußte wissen, daß Hamburg nicht zum Königreich Dänemark gehöre, daß daher in Hamburg nicht nach dänischer Münze gerechnet werde und daß somit auch die Forderung, in welche er eingewilligt hat, nicht in dänischen, sondern in deutschen Mark gestellt sei.[18]) Dies ist meines Wissens die in der Praxis herrschende Ansicht, in der ich eine gerechtfertigte Weiterentwickelung auf der durch die Quellen uns gebotenen Grundlage finde.[19])

Die Fälle, in welchen dennoch eine Nichtigkeit des Vertrages anzunehmen ist, werden selten vorkommen und dann der Art sein, daß keine Veranlassung vorliegt, den einen Irrenden zu Gunsten des Anderen zum Schadensersatz zu verpflichten. Nehmen wir z. B. an, daß zu einer Zeit, wo in der Schweiz der französische Münzfuß noch nicht eingeführt war, ein Franzose und ein Schweizer in Deutschland zusammengetroffen sind und daß der Schweizer eine Sache für 10 Frank an den Franzosen verkauft hat, so ist der Vertrag allerdings nichtig, wenn der Franzose an französische, der

---

18) Ich stimme in dieser Beziehung mit Bähr, Jahrbücher XIV. S. 416 fg. überein. A. M. Ihering S. 76 fg. — Ebenso würde es sich verhalten, wenn ein Hamburger Kaufmann einen Preiscourant veröffentlicht hat, in welchem die Preise nach Mark angegeben sind und nun ein Däne auf Grund dieses Preiscourants Waaren bestellt. Auch hier wird er meiner Meinung nach mit dem Einwande, daß er die Preise als in Mark dänisch angesetzt betrachtet habe, nicht gehört werden können.

19) Zweifelhaft dürfte es nur sein, was Rechtens ist, wenn das Mißverständniß sich sofort ergiebt, wenn, um bei dem im Text angeführten Beispiel stehen zu bleiben, der Däne die für 40 Mark gekaufte Sache sogleich bezahlen will und zu diesem Zweck 5 preußische Thalerstücke, welche den Werth von 40 dänischen Mark repräsentiren, hingiebt. Ist hier der Däne an den Vertrag gebunden? Ich würde geneigt sein, diese Frage zu verneinen, sofern nicht ein besonderes Interesse des Verkäufers dem entgegensteht, wie das z. B. der Fall sein würde, wenn es sich um eine Quantität Zeug handelt, die, um sie dem Käufer zu übergeben, bereits von einem größeren Ballen abgeschnitten ist. Vgl. oben S. 98 den Text nach Anm. 8. — Dabei habe ich keine Rücksicht darauf genommen, daß der Käufer bei einiger Ueberlegung schon wegen des großen Werthunterschiedes zwischen deutschen und dänischen Mark den Preis nicht leicht als in der letzteren Münze gestellt hat ansehen können. — Zugleich ist zu bemerken, daß eine Auslegung, wie sie im Text angenommen ist, bei einem Schenkungsversprechen nicht, wenigstens nicht ohne Weiteres, für gerechtfertigt gehalten werden kann.

Schweizer an die, fast um die Hälfte werthvolleren schweizer Franks gedacht hat. Sollte aber hier, wo beide Contrahenten geirrt haben, wo Jeder, ohne dazu berechtigt zu sein, angenommen hat, daß der Mitcontrahent den Ausdruck: „Frank“ in demselben Sinne, wie er selbst, gebraucht habe, der Eine dem Anderen zum Schadensersatz verpflichtet sein? Eine solche Forderung wird auch durch das natürliche Billigkeitsgefühl sicherlich nicht gestellt werden.[20])

Wie in den Fällen, in welchen die Contrahenten über den Werth der Münze, in der contrahirt ist, verschiedener Ansicht gewesen zu sein behaupten, wird auch in vielen anderen Fällen der Vertrag in dem Sinne des einen Contrahenten zu interpretiren und der andere Contrahent als in diesem Sinne einwilligend anzusehen,[21]) mithin ein Verfahren zu beobachten sein, wie es ganz ebenso auch von den römischen Juristen in den Entscheidungen der L. 29. D. locati (19. 2) und der L. 110. §. 1. D. de V. O. (45. 1) eingeschlagen ist. Es ist hier kein Raum für die Ihering'sche oder eine derselben ähnliche Theorie. Anders steht die Sache jedoch in anderen Fällen, so z. B. in den Fällen des sog. error in substantia.

Ist eine Sache verkauft, deren Stoff der Verkäufer für Bronze hielt, während er Gold war, oder deren Stoff der Käufer für Gold hielt, während derselbe Bronze war, so ist der Vertrag nach den Entscheidungen, welche wir in den Quellen finden, unzweifelhaft nichtig.[22]) Hier kann also die Entschädigungsfrage praktisch werden und man könnte besonders dann geneigt sein, einen Entschädigungs-

20) Im Text ist nur von dem Fall eines beiderseitigen Irrthums (Mißverständnisses) die Rede. Wenn der Franzose wußte, daß sein Mitcontrahent an schweizer Franks dachte, dann gilt das Geschäft als in schweizer Franks abgeschlossen. Dem Franzosen würde die Replik des dolus entgegenstehen, wenn er gegen die Klage des Schweizers geltend machen wollte, daß er an französische Franks gedacht habe.

21) Vgl. Bähr, Jahrbücher XIV. S. 418 fg., dem ich in dieser Beziehung beistimme, wenn ich auch freilich dem Princip, von welchem er ausgeht, nicht beizupflichten vermag.

22) Darauf, ob die Nichtigkeit in den Fällen des error in substantia eine absolute oder relative ist, kommt für unsere Frage Nichts an. Meines Erachtens entspricht es übrigens nur der Natur der Sache, hier, wo die Nichtigkeit lediglich im Interesse des Irrenden angenommen wird, es auch von seinem Willen abhängig zu machen, ob er die Nichtigkeit geltend machen will. Es ist in der That nicht abzusehen, weshalb es dem irrenden Contrahenten verwehrt sein sollte, den Vertrag bestehen zu lassen, wenn er nach Entdeckung seines Irrthums dies wünschen sollte.

anspruch anzunehmen, wenn der Grund der Nichtigkeit des Geschäfts in einem Irrthum des Verkäufers gelegen hat. Es fehlt aber hierfür an jedem Anhalt in den Quellen und deshalb kann ich auch einen Anspruch des Käufers auf das negative Interesse nicht für begründet halten. Meines Erachtens wird der Käufer nur, sofern der Mandats-Gesichtspunkt sich geltend machen läßt, und nur in dem Umfange, in welchem nach diesem Gesichtspunkte ein Schadensersatz verlangt werden kann, einen solchen in Anspruch nehmen können, so z. B. die Reisekosten, wenn der Verkäufer ihm die Sache zum Kauf angeboten und ihn veranlaßt hat, zum Behuf der Besichtigung eine Reise zu machen.

Liegt der Grund der Nichtigkeit des Geschäfts in dem Irrthum des Käufers, der irrthümlich das Material, aus welchem die gekaufte Sache gearbeitet ist, für Gold gehalten hat, so kann von einer Verpflichtung des Irrenden zur Entschädigung, falls der Verkäufer gleichfalls über den Stoff im Irrthum sich befand, selbstverständlich nicht die Rede sein.[23]) Hier kann auch von einer Anwendung der in Betreff des Mandats geltenden Grundsätze nicht die Rede sein, da von dem Verkäufer jedenfalls viel eher, als von dem Käufer, die Kenntniß des zur Frage stehenden Umstandes erwartet werden kann. Wußte der Verkäufer aber, daß die Sache von Bronze sei, so wird regelmäßig die Sachlage der Art sein, daß er bei gehöriger Ueberlegung nicht wohl über den Irrthum des Käufers im Unklaren sein konnte; in diesem Fall wird es sich nicht sowohl darum handeln, ob der Irrende zur Entschädigung verpflichtet sei, als vielmehr darum, ob der Irrende berechtigt sei, von dem Mitcontrahenten Schadensersatz zu verlangen.

Es lassen sich noch viele andere Fälle des wesentlichen Irrthums denken und, wenn man sich auf das Gebiet der Erfindung von Fällen begeben will, kann man sich sehr wohl Fälle ausdenken, die so gestaltet sind, daß das natürliche Billigkeitsgefühl in denselben für eine Entschädigung sich ausspricht.[24]) Aber wie es gefährlich

---

23) Köppen würde hier nach dem von ihm aufgestellten Princip eine Verflichtung des irrenden Käufers zur Entschädigung annehmen müssen. Ihering würde, wie ich überzeugt bin, in diesem Fall den Irrthum verzeihlich finden, indem vom Käufer doch eine genauere Kenntniß der Sache, als der Verkäufer sie hat, nicht verlangt werden kann.

24) Dahin rechne ich den, von Ihering (S. 76) angeführten Fall, daß ein Theaterdirector eine Sängerin, mit deren Leistungen er bekannt geworden

ist, auf dem Rechtsgebiet ohne jeglichen Anhalt in den Quellen mit dem Billigkeitsgefühl zu operiren, so ist es auch im höchsten Grade bedenklich, solche überaus selten vorkommende Fälle zu benutzen, wenn es sich darum handelt, was als geltendes Recht zu betrachten ist.

Häufiger, als die bisher angeführten Fälle, kommen die Fälle zur gerichtlichen Entscheidung, in welchen der Unterzeichner einer Urkunde die Behauptung aufstellt, daß es an einem dem Inhalt der Urkunde entsprechenden Willen gefehlt habe. Beschränkt sich in einem solchen Fall seine Behauptung darauf, daß er die Urkunde vor der Unterzeichnung nicht gelesen oder daß er gewisse in der Urkunde vorkommende Ausdrücke nicht verstanden habe, so kann er damit nicht gehört werden. Es ist Sache des Unterzeichners, daß er vor der Unterzeichnung sich mit dem Inhalt der Urkunde bekannt mache und die darin vorkommenden Ausdrücke, sofern er sie nicht versteht, sich erklären lasse. Unterläßt er dies, so kann man, falls nicht Umstände angeführt werden, welche auf ein Anderes schließen lassen, nur annehmen, daß er sich dem Inhalt der Urkunde, derselbe sei, wie er sei, habe unterwerfen wollen. Dies ist die Auffassung, die, soviel mir bekannt ist, in der Praxis feststeht[25]) und die meiner Meinung nach auch mit den in unseren Quellen aufgestellten Grundsätzen nicht in Widerspruch tritt[26]). Nur insofern

ist, engagiren will, das Schreiben, in welchem er sie engagirt, aber in Folge einer Verwechslung an eine Sängerin gleiches Namens richtet, bei deren Ankunft der Irrthum sich ergiebt. — Daß eine solche Verwechslung vorkommen kann, läßt sich nicht bestreiten; aber wunderbar müßte es zugehen, wenn der Inhalt des Briefes der Sängerin, welche ihn bekommt, nicht Anlaß geben sollte, einen Irrthum zu vermuthen. — Sollte übrigens dennoch ein solcher Fall eintreten, so würde die Sängerin meines Erachtens nur eine Entschädigung, soweit dies von dem Gesichtspunkte des Mandats aus zulässig erscheint, in Anspruch nehmen können; denn mit Bähr (Jahrbücher XIV. S. 416) den Vertrag als mit der nicht gemeinten Sängerin gültig abgeschlossen anzusehen, halte ich nicht für gerechtfertigt.

25) Vgl. Seuffert, Archiv VIII. 26. XXIV. 230. XXV. 227. XXIX. 229.

26) Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 17 fg. S. 24 fg. S. 40 und Zitelmann, Jahrbücher XVI. S. 397 fg., erkennen auch an, daß der Unterzeichner einer Urkunde sich auf die Unbekanntschaft mit ihrem Inhalt nicht berufen kann, wenn den Umständen nach angenommen werden muß, er habe sich dem Inhalt der Urkunde, derselbe sei, wie er sei, unterworfen. Windscheid ist es eben, von dem diese Fassung im Wesentlichen herrührt. Ob aber die genannten

es sich um eine Schenkungsurkunde handelt, wird man den eben hervorgehobenen Gesichtspunkt nicht ohne Weiteres zur Anwendung bringen dürfen[27]).

Als Regel ist anzunehmen, daß die Behauptung des Unterzeichners einer Urkunde, daß der Inhalt derselben seinem Willen nicht entsprochen habe, nicht berücksichtigt werden kann, sofern sie nicht näher substantiirt ist. Letzteres kann auf verschiedene Weise geschehen. Der Unterzeichner der Urkunde kann sich darauf berufen, daß er durch Drohung oder Betrug zur Unterzeichnung veranlaßt worden sei, oder darauf, daß bei der Ausfertigung der Urkunde ein Versehen stattgefunden habe, welches bei der Unterzeichnung nicht bemerkt worden sei.

Wenden wir uns zunächst zu den Fällen der ersten Art, so haben wir es hier nicht mit den Fällen zu thun, in welchen der Unterzeichner der Urkunde den Inhalt derselben gekannt und einen diesem Inhalt entsprechenden Willen gehabt hat, dieser Wille aber durch Drohung oder Betrug veranlaßt worden ist. Von diesen Fällen ist oben (S. 100 fg.) bereits die Rede gewesen. Hier haben wir es nur mit den Fällen zu thun, in welchen es in Folge der Drohung

---

Schriftsteller die Anwendung, welche im Text von diesem Satze gemacht wird, in ihrem vollen Umfange zugeben, ist mir nicht zweifellos. Dafür, daß der Inhalt der Urkunde nicht allein entscheidend sei, daß es vielmehr auch auf den Willen des Unterzeichners ankomme, beruft Windscheid sich auf L. 5. C. plus valere (4. 22.) und L. 10. C. de donat. (8. 54), welchen Stellen Zitelmann noch L. 18. C. de probat. (4. 19.) und L. 2. C. de reb. al. (4. 51.) hinzufügt. Ich werde auf diese Stellen unten näher eingehen.

Fälle, in welchen ein gleicher Gesichtspunkt, wie in dem im Text angeführten Fall, zur Anwendung kommt, sind die von Bähr (Jahrbücher XIV. S. 402 fg.) erwähnten Fälle, wo Jemand mit einer öffentlichen Anstalt, welche die Bedingungen ihrer Vertragsschließung veröffentlicht hat, contrahirt, ohne diese Bedingungen zu kennen, und wo Jemand bei einer öffentlichen Versteigerung bietet, ohne die vorher bekannt gemachten Verkaufsbedingungen zu kennen. Der Betreffende ist hier ohne Zweifel an die Bedingungen gebunden. Wer, ohne daß er sich vorher die Mühe gegeben hat, mit den Bedingungen sich bekannt zu machen, mit der öffentlichen Anstalt contrahirt, bei der Versteigerung bietet, ist als einer anzusehen, welcher sich den fraglichen Bedingungen, sie seien, welche sie seien, unterworfen hat. Vgl. darüber Windscheid a. a. O. S. 25 fg. Zitelmann a. a. O. S. 397 fg.

27) Dafür wird man sich auch auf L. 10. C. de donat. (8. 54) berufen können, wenn gleich diese Stelle sich nicht speciell darüber ausspricht, wie die Behauptung, über den Inhalt der Urkunde geirrt zu haben, zu substantiiren ist.

oder des **Betruges** an einem, dem Inhalt der Urkunde entsprechenden Willen gefehlt hat, also mit den Fällen, wo Jemand durch Drohung bestimmt worden ist, eine Urkunde zu unterzeichnen, deren Inhalt er nicht kennt, oder wo Jemand dadurch, daß ihm der Inhalt der Urkunde unrichtig angegeben, zur Unterzeichnung derselben verleitet worden ist.

Für den Fall der Drohung kann die Entscheidung nach den Grundsätzen, welche das römische Recht über die Wirkungen des Zwanges aufstellt, nicht zweifelhaft sein. Die Erklärung muß in diesem Fall als ungültig angesehen werden, einerlei ob der Zwang von dem Mitcontrahenten oder von einer anderen Person ausgegangen ist.

Ebenso ist die Schenkungsurkunde unzweifelhaft ungültig, wenn der Unterzeichner, sei es auch ohne Wissen des Beschenkten, über den Inhalt der von ihm unterzeichneten Urkunde getäuscht worden ist[28]) Ein Gleiches ist meiner Meinung nach auch dann anzunehmen, wenn die Urkunde auf ein oneroses Geschäft sich bezieht. Hiergegen ist geltend gemacht worden, daß die Sicherheit des Verkehrs untergraben werden würde, wenn nicht „die Zuverlässigkeit der Zeichen, wodurch Menschen allein in lebendige Wechselwirkung treten können," anerkannt würde[29]). Abgesehen aber davon, daß die Anerkennung einer unbedingten Zuverlässigkeit schlechthin unmöglich ist, daß es sich hier vielmehr nur um ein Mehr oder Minder handeln kann, läßt sich auf die angegebene Weise ein Satz des positiven Rechtes nicht begründen[30]). Und in den Quellen finden wir keinen Anhalt, um für den zur Frage stehenden Fall eine Abweichung von dem Princip, daß es auf den der Erklärung zu Grunde liegenden Willen ankomme, anzunehmen; im Gegentheil halten die Quellen für diesen Fall, wie nach meinem Dafürhalten nicht geleugnet werden kann, an dem angegebenen Princip fest[31]). Hier fragt es sich also, wer den Empfänger der

---

28) Vgl. L. 10. C. de donat. (8. 54).

29) Vgl. das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Berlin bei **Seuffert**, XXIX. 215.

30) Siehe darüber **Windscheid** a. a. O. S. 40 fg.

31) Vgl. L. 2. C. de reb. al. (4. 51): „Distrahente marito rem tui juris, si consensum ei non accomodasti, licet sigillo tuo venditionis instrumentum fraude conquisita signaveris, ejusmodi tamen commentum emtori, usucapione non subsecuta, vel longi temporis praescriptione minime munito, nullam

Urkunde zu entschädigen hat, falls dieser dadurch, daß er das Geschäft als gültig angesehen, einen Schaden erlitten hat, — eine Frage, die, wie mir scheint, nur dahin beantwortet werden kann, daß es der Betrüger ist, an den allein der Beschädigte sich halten kann. Der Unterzeichner der Urkunde ist an sich für den fremden Betrug nicht verantwortlich. Eine Verantwortlichkeit würde nur dann angenommen werden können, wenn man eine Haftung für culpa in contrahendo annehmen könnte; eine solche läßt sich aber aus den Quellen nicht deduciren. Sofern also der Betrüger nicht im Stande ist, den Schaden zu ersetzen, wird derselbe den Empfänger der Urkunde treffen und es wird hier das eintreten, was auch sonst manchmal vorkommt, daß die Folgen der rechtswidrigen Handlung einen Anderen treffen, als den, gegen welchen die Handlung zunächst gerichtet war [32]).

Was die Fälle des Versehens betrifft, so kann dasselbe bloß ein Versehen des Unterzeichners der Urkunde, wie namentlich ein Schreibfehler, oder zugleich das Versehen einer anderen Person sein, nämlich derjenigen, welche im Auftrag des Unterzeichners die Urkunde geschrieben hat. Principiell kommt auf diesen Unterschied Nichts an; für die Entscheidung des einzelnen concreten Falles

---

praestitisse securitatem potest". Daß die fraus hier nicht von dem Käufer ausgegangen sein kann, ergiebt sich daraus, daß sonst von der Ersitzung nicht die Rede sein könnte, und aus demselben Grunde kann auch die Sache, von welcher in L. 2. C. cit. die Rede ist, nicht ein fundus dotalis sein. — Für die im Text aufgestellte Ansicht sprechen auch, wenn gleich nicht die Entscheidung, so doch die Entscheidungsgründe in der L. 5. C. plus valere (4. 22). — Dagegen kann die von Zitelmann angeführte L. 18. C. de probat. (4. 19) nicht als beweisend angesehen werden, weil in dem Fall dieser Stelle der Betrug von dem Mitcontrahenten ausgegangen ist. Auch kann man auf die L. 10. C. de donat. (8. 54) nicht mit völliger Sicherheit sich berufen, weil es bedenklich ist, das, was von der Schenkung gilt, ohne Weiteres auf die onerosen Geschäfte auszudehnen.

32) Wenn man sich auf das Gebiet des Billigkeitsgefühls begiebt, so wird man allerdings zugeben müssen, daß es, wenn der Betrüger nicht im Stande ist, den Schaden zu ersetzen, billiger sei, den Unterzeichner der Urkunde, als den Empfänger derselben, den Schaden tragen zu lassen. Dies kann aber, wo es sich um einen Rechtsanspruch handelt, nicht entscheidend sein. Die L. 2. C. de reb. al. (4. 51) giebt überdies dem Gedanken, als ob die Frau etwa eventuell zur Entschädigung verpflichtet sei, schlechterdings keinen Raum.

können aber die Umstände, welche das Versehen veranlaßt haben, allerdings von Bedeutung sein.

Der Grund, weshalb in den eben erörterten Fällen des Betruges eine Ungültigkeit des Vertrages anzunehmen ist, liegt nicht in dem Betruge als solchem, da der Betrug im Allgemeinen nicht gegen Dritte wirkt; der Grund liegt vielmehr darin, daß es an einem dem Inhalt der Urkunde entsprechenden Willen gefehlt hat. Da nun das Letztere auch in den Fällen des Versehens zutrifft, so wird man auch in diesen Fällen die Erklärung als ungültig ansehen müssen. Diese Ansicht findet in den Quellen ihre Bestätigung[33]).

33) Vgl. besonders die in der Anm. 31 abgedruckte L. 2. C. de reb. al. (4. 51). In dieser Stelle wird das entscheidende Gewicht auf das fehlende Einverständniß („si consensum ei non accomodasti") gelegt und es ist deshalb dem Sinn der Stelle nur entsprechend, wenn die Basiliken in der an die L. 2. C. cit. sich anschließenden Stelle in der zur Frage stehenden Beziehung ausdrücklich dem Betruge den error gleichstellen. Außerdem kommt noch in Betracht L. 5. C. plus valere (4. 22). „Si falsum instrumentum emtionis conscriptum tibi, velut locationis, quam fieri mandaveris, subscribere te, non relecto, sed fidem habentem suasit, neutrum contractum, in utroque alterutrius consensu deficiente, constitisse procul dubio est." Die Entscheidung selbst läßt sich auch mit der entgegengesetzten Ansicht vereinigen. Daß der Unterzeichner der Urkunde durch einen Betrug des Gegners zur Unterzeichnung verleitet worden ist, läßt sich freilich nicht annehmen, weil keine Andeutung von einem solchen Betruge in der Stelle sich findet; was den Unterzeichner veranlaßt hat, ohne Weiteres die Urkunde zu unterzeichnen, ist nach den Worten der Stelle einzig und allein das Vertrauen gewesen, welches er in den Schreiber gesetzt hat, daß nämlich dieser den Auftrag richtig aufgefaßt und demselben entsprechend den schriftlichen Contract ausgefertigt habe. Ferner liegt es nicht vor, daß es der Mitcontrahent gewesen ist, welcher die Urkunde geschrieben hat, und wenn dies auch vielleicht der Fall gewesen sein sollte, so ist jedenfalls auf diesen Umstand, wie aus den Entscheidungsgründen klar hervorgeht, kein Gewicht gelegt worden. Erwägt man aber, daß die L. 5. cit. ein Rescript ist, mithin eine Stelle, welche nicht auf einen fingirten, sondern auf einen wirklich vorgekommenen Fall sich bezieht, und versetzt man sich nun in den factischen Hergang, der in dem Excerpt des Codex nicht näher angegeben ist, so muß man es für undenkbar erklären, daß in dem zur Frage stehenden Fall nicht eine mündliche Vereinbarung über einen Pachtcontract (unter gleichzeitiger Verabredung der Form der Schriftlichkeit) vorhergegangen ist. Davon, daß es sich bei der Ausfertigung des Contracts nur um Ausführung einer, dem Unterzeichner der Urkunde gemachten testamentarischen Auflage gehandelt habe, findet sich keine Andeutung in der Stelle. Von einem solchen, überdies nur selten vorkommenden Fall müssen wir also absehen; alsdann können wir aber mit vollem Grund die Frage aufwerfen: wann sollte es wohl vorgekommen sein, daß ein Pacht- oder Kaufcontract ohne alle vorhergegangene

Daß der aufgestellten Ansicht praktische Bedenken entgegengestellt werden können, vermag ich nicht zu läugnen, zumal da es meiner Meinung nach in den Quellen an jedem Anhalt für die Annahme einer Haftung für levis culpa in contrahendo fehlt[34]). Ich kann es jedoch nicht für gerechtfertigt halten, daß man sich über die Entscheidungen der Quellen hinwegsetzt. Zudem ist auch die

---

Verabredung gleich schriftlich ausgefertigt und ohne Weiteres der von dem Verkäufer oder Verpächter zum Käufer oder Pächter prädestinirten Person übergeben wäre? — Ist demnach der Hergang so zu denken, daß eine mündliche Verabredung vorhergegangen ist, so mußte die Nichtübereinstimmung des Inhalts der Urkunde mit der vorhergegangenen Vereinbarung sogleich die Aufmerksamkeit des Empfängers der Urkunde erregen und den Gedanken, daß hier ein Versehen stattgefunden haben möge, in ihm hervorrufen. Für einen solchen Fall nehmen aber auch die Gegner der im Text aufgestellten Ansicht eine Ungültigkeit des Vertrages an. — Wenn man sich aber auch auf die Entscheidung selbst nicht berufen kann, so sind doch die Entscheidungs**gründe** von Bedeutung, indem die Ungültigkeit des Vertrages allein aus dem fehlenden Willen abgeleitet wird. — Ein ähnlicher Fall, wie in der L. 5. C. cit., wird in der L. 36. D. de V. O. (45. 1) entschieden; in dem Fall der L. 36. cit., in welchem der vorgängigen mündlichen Verabredung nicht die schriftliche Ausfertigung des Vertrages, sondern eine Stipulation gefolgt ist, ist jedoch der Mitcontrahent (der Stipulator) die Veranlassung gewesen, daß der Vertrag eine der vorgängigen Verabredung nicht entsprechende Fassung erhalten hat.

Die Gründe, weshalb ich im Vorstehenden nicht auf L. 10. C. de donat. (8. 54) mich berufen habe, finden sich in der Anm. 31 angegeben.

34) **Bähr** (Jahrbücher XIV. S. 419 fg.) ist deshalb der Meinung, daß der Unterzeichner der Urkunde trotz des fehlenden Willens so hafte, als ob er das in der Urkunde Erklärte wirklich gewollt habe, vorausgesetzt, daß das Versehen nicht als solches für den Empfänger der Urkunde erkennbar war. — Diese Ansicht, welche selbstverständlich auch für Versehen bei einer mündlichen Erklärung gelten muß, stellt allerdings den Empfänger der Erklärung sicher; wenn man sie aber streng und consequent durchführt, so führt sie wieder zu Entscheidungen, welche nach der anderen Seite eine dem Billigkeitsgefühl nicht entsprechende Härte involviren können; überdies geht sie jedenfalls weiter, als die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs es erfordert. Man braucht nur den Fall sich zu denken, daß Jemand, der in einem Laden etwas bestellt, sich im Ausdruck vergreift, aber, sowie die zustimmende Erklärung des Kaufmanns erfolgt ist, sein Versehen erkennt und nun sofort redressirt. Es würde gewiß in diesem Fall dem Billigkeitsgefühl nicht entsprechen, wenn man dem Kaufmann das Recht zugestände, trotz des sogleich redressirten Versehens die erste Erklärung als bindend zu betrachten, weil erst **nach** der erfolgten Zustimmung das Versehen redressirt sei. Die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs würde, wie mir scheint, jedenfalls doch nur für die Fälle geltend gemacht werden können, in denen der Empfänger der Erklärung sonst einen **positiven** Schaden erleiden würde.

entgegengesetzte Ansicht, welche alles Gewicht auf die Erklärung legt, keineswegs unbedenklich. Endlich sind die praktischen Bedenken, welche sich an die hier angenommene Ansicht knüpfen, nicht in dem Maße erheblich, wie von den Gegnern derselben angenommen wird.

In dieser Beziehung ist zunächst zu berücksichtigen, daß die aufgestellte Regel dem oben (S. 106) Bemerkten zufolge dann nicht zur Anwendung kommt, wenn man annehmen muß, daß der Unterzeichner der Urkunde sich dem Inhalte derselben, er sei, wie er sei, unterworfen habe. Dies wird gerade im Geschäftsverkehr nicht selten anzunehmen sein[35]). Außerdem wird der Empfänger der schriftlichen Erklärung in sehr vielen Fällen die Erstattung der von ihm aufgewendeten Kosten ꝛc. nach Maßgabe der für die actio mandati contraria geltenden Grundsätze von dem Unterzeichner der Erklärung verlangen können (s. S. 79 fg.), falls dieser es nicht vorzieht, die Erklärung, sowie sie abgegeben ist, gegen sich gelten zu lassen. Hiergegen könnte man freilich einwenden, daß auch das Mandat Uebereinstimmung des Willens der Contrahenten voraussetzt. Dieser Einwand beseitigt sich aber, wie ich mit Bekker[36]) annehme, dadurch, daß die ganze Lehre von der actio mandati contraria von dem Grundsatz beherrscht wird, „ne damno afficiatur is, qui suscipit mandatum," und daß man auf Grund davon annehmen muß, daß der Mandatar wegen der von ihm aufgewendeten Kosten ꝛc. gesichert ist, wenn er den vom Mandanten ausgegangenen Auftrag in der Weise ausführt, wie derselbe ihm durch das von dem Mandanten zur Mittheilung gewählte Mittel zugegangen ist, — vorausgesetzt immer, daß kein Grund vorlag, an der Richtigkeit der Mittheilung zu zweifeln.[37])

Aus dem Vorstehenden ergiebt es sich von selbst, daß eine Haftung aus einer gefälschten Urkunde auch dann, wenn die Fälschung nicht erkennbar war, nicht angenommen werden kann, und ebensowenig eine Haftung des Ausstellers aus einer vor der ersten Begebung

---

35) Vgl. hierüber besonders Zitelmann, Jahrbücher XVI. S. 397 fg. Derselbe rechnet hieher mit Recht den Fall, wo ein Handlungschef die von seinem Correspondenten geschriebenen Geschäftsbriefe unterschreibt, ohne sie zu lesen.

36) Bekker, Jahrbuch des gem. Rechts IV. S. 169—177.

37) Vgl. insonderheit L. 15. D. mandati (17. 1) und dazu Bekker a. a. O. S. 173. — Nur insofern weiche ich, wie oben (S. 79 fg.) bereits bemerkt worden ist, von Bekker ab, als ich die Anwendung der im Text aufgestellten Grundsätze nicht auf die Fälle beschränke, in welchen es sich um ein bloßes Mandat handelt.

gestohlenen, geraubten oder verlorenen Urkunde[38]). Von einer Anwendung der in Betreff des Mandats geltenden Grundsätze kann in diesen Fällen nicht die Rede sein.

---

§. 16.

Casuistik. — Vertragsschließung durch Stellvertreter.

Bei der Vertragsschließung durch Stellvertreter, zu welcher ich mich jetzt wende, handelt es sich für uns um die Fälle, in welchen die für einen Anderen abgegebene Erklärung nicht dem Willen dieser anderen Person, in deren Namen contrahirt ist, entspricht.[1])

Als Regel gilt hier, daß ich das von einem Anderen für mich abgeschlossene Geschäft nur dann anzuerkennen verpflichtet bin, wenn der Andere von mir bevollmächtigt war und innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht gehandelt hat.[2]) Diese Regel wird nicht nur mit

---

38) Dieser Ansicht ist auch Goldschmidt in der Zeitschrift für Handelsrecht XXIII. S. 306 fg.

1) Ueber den Begriff des Stellvertreters und den Unterschied zwischen ihm und einem Boten vgl. Bähr, Jahrbücher VI. 286 fg. Mit Bähr nehme ich an, daß in allen Fällen, in welchen die das Geschäft zu Stande bringende vermittelnde Thätigkeit den Handelnden dem Mitcontrahenten gegenüber „als bewußten Träger des Geschäfts erscheinen läßt", eine Stellvertretung und kein bloßer Botendienst angenommen werden muß. Dabei kann es auf die von der Mittelsperson gebrauchten Ausdrücke nicht ankommen. Ob das Dienstmädchen, welches für mich 4 Kilogramm Zucker bei dem Kaufmann kauft, in dem Laden gesagt hat: ich soll für meine Herrschaft 4 Kilogramm Zucker kaufen und bitte mir dieselben zu übergeben, oder ob sie gesagt hat: ich soll für meine Herrschaft 4 Kilogramm Zucker holen u. s. w., ist an sich nicht entscheidend; auch im letzteren Fall ist das Dienstmädchen als Stellvertreter anzusehen, vorausgesetzt, daß nicht etwa vorher schon der Zucker gekauft war und es sich in Wirklichkeit nur um das Abholen einer bereits gekauften Waare handelte. Vgl. jedoch auch §. 17. Anm. 5.

2) Der Stellvertreter ist derjenige, welcher contrahirt. Wie es auf seinem und des Mitcontrahenten Willen beruht, daß der Principal Gläubiger und Schuldner wird, so muß es sich auch nach dem Bewußtsein und Willen dieser Personen bestimmen, in welcher Weise er dies werden kann, oder anders ausgedrückt: der Inhalt des Geschäfts bestimmt sich nach dem Bewußtsein und Willen derjenigen, welche wirklich contrahirt haben, d. h. des Stellvertreters und des Mitcontrahenten (wobei freilich ein Einfluß, den das Bewußtsein des Prin-

Beziehung auf den Specialprocurator,[3]) sondern eben so sehr auch mit Beziehung auf den Institor anerkannt.[4]) Hat nun die als Stellvertreter auftretende Person ohne Vollmacht oder unter Ueberschreitung der ihr ertheilten Vollmacht contrahirt, so kann der Mitcontrahent sich immer an den Stellvertreter halten. Die Anerkennung der unmittelbaren Stellvertretung, wie sie in dem heutigen Recht sich findet, hat nicht die Folge gehabt, daß derjenige, welcher im Namen eines Anderen contrahirt, unter allen Umständen dem Mitcontrahenten gegenüber als einer angesehen wird, der gar nicht contrahirt hat, so daß in Betreff seiner nur von einer außercontractlichen Haftung unter den für eine solche geltenden Voraussetzungen die Rede sein könnte. Wer in fremdem Namen contrahirt, übernimmt eben damit die Garantie, daß das Geschäft mit dem angeblichen Principal zu Stande kommt.[5]) Hat der in fremdem Namen Contrahirende ohne Vollmacht gehandelt oder seine Vollmacht überschritten, so haftet er persönlich dem Mitcontrahenten, vorausgesetzt, daß dieser nicht wußte oder wissen mußte, daß es an einer (genügenden) Ermächtigung des Stellvertreters fehle.[6]) Der Mitcontrahent kann Ersatz dafür verlangen, daß das Geschäft nicht

---

cipals haben kann, nicht ganz ausgeschlossen ist L. 16. §. 4. L. 17. D. de lib. causa 40. 12). Der Principal bekommt das Geschäft, wenn ich mich so ausdrücken darf, aus der Hand des Stellvertreters. Er hat **nicht** die Macht, dem Geschäft einen anderen Inhalt zu geben, als denjenigen, den es durch die Handlung des Stellvertreters erhalten hat. Das Einzige, was ihm freisteht, ist, dem Geschäft seine Anerkennung zu versagen, wenn der Stellvertreter seine Vollmacht überschritten hat. Die Frage aber, ob eine Ueberschreitung der Vollmacht vorliegt, entscheidet sich allein danach, ob das Geschäft, sowie es vorliegt, der Vollmacht entspricht. Der etwaige dolus des Stellvertreters giebt, sofern die Vollmacht nicht überschritten ist, — abgesehen von dem Fall einer Collusion mit dem Mitcontrahenten (worauf L. 17. i. f. D. de lib. causa zu beziehen ist) — dem Principal kein Recht dem Mitcontrahenten gegenüber, sondern nur ein Recht gegen den Stellvertreter, der gegen die ihm als Mandatar obliegenden Verpflichtungen sich vergangen hat.

3) L. 13. pr. D. de pactis (2. 14). L. 63. pr. D. de contrah. emt. (18. 1). L. 1. §§. 2. 3. D. de except. rei vend. (21. 3).

4) L. 5. §§. 12. 13. L. 13. pr. L. 16. L. 19. §. 3. D. de instit. (14. 3). L. 1. §§. 12—14. D. de exercit. (14. 1).

5) Damit stimmt im Allgemeinen auch die Praxis überein. Vgl. Seuffert, Archiv I. 193. V. 279. VI. 33. VIII. 255. XXXIII. 20. Im Seuffert'schen Archiv habe ich nur Eine Entscheidung (vom O.-H.-G. in Darmstadt) gefunden, in der dies nicht anerkannt wird. Seuffert, Archiv XXIII. 126.

6) Vgl. auch Seuffert, Archiv I. 209.

zu Stande gekommen ist, und dieser Ersatz wird ihm dadurch gewährt, daß der Stellvertreter jetzt persönlich das leistet, wozu er in fremdem Namen sich verpflichtet hat, daß also das Geschäft so zur Ausführung kommt, als wenn es von dem Stellvertreter im eigenen Namen abgeschlossen wäre. Das Princip der unmittelbaren Stellvertretung zeigt sich nur insofern wirksam, daß der Mitcontrahent, da er ja nicht mit dem Stellvertreter persönlich, sondern mit dessen Principal ein Geschäft abschließen wollte, berechtigt ist, in dem angegebenen Fall, wenn er dies vorzieht, ganz von dem Geschäft zurückzutreten. Ob er zugleich das negative Interesse in Anspruch nehmen kann, hängt davon ab, ob dem Stellvertreter ein dolus zur Last gelegt werden kann oder nicht [7]). Im ersteren Fall muß man ein derartiges Recht des Mitcontrahenten annehmen, während im letzteren Fall eine Verpflichtung des Stellvertreters zum Schadensersatz nur insoweit anerkannt werden kann, als die für das Mandat geltenden Grundsätze dies zulassen. Ueberdies wird im letzteren Fall ein Schadensersatz vom Stellvertreter nicht gefordert werden können, wenn er sich erbietet, den Vertrag in Natur zu erfüllen und eine solche Erfüllung ohne Verletzung der Interessen des Mitcontrahenten geschehen kann, während ein Gleiches für den Fall eines dolus des Stellvertreters nicht angenommen werden kann [8]).

---

7) Ein dolus fällt dem als Stellvertreter Handelnden zur Last, wenn er bei Abschließung des Geschäfts sich der mangelnden Ermächtigung bewußt gewesen ist und dies dem Mitcontrahenten verheimlicht hat. — Er ist verpflichtet, in solchem Fall dem Mitcontrahenten eine Mittheilung zu machen; thut er dies, dann übernimmt der Mitcontrahent, wenn er doch auf das Geschäft sich einläßt, das Risiko, welches damit verbunden ist, daß der Principal das Geschäft möglicherweise nicht anerkennen wird.

8) A. M. Bähr (Jahrbücher VI. S. 292), der ganz allgemein die Entschädigungsklage ausschließt, wenn der Stellvertreter ohne Verletzung der Interessen des Mitcontrahenten die Erfüllung des Vertrags in Natur übernehmen kann und will. Ich halte dies nicht für richtig, weil die Klage, welche gegen den dolosen Stellvertreter gegeben wird, nicht bloß als eine gewöhnliche Entschädigungsklage angesehen werden kann, sondern zugleich, wie die actio doli überhaupt, die Natur einer Restitutionsklage hat. Der Betrogene kann schlechthin verlangen, in die Lage zurückgebracht zu werden, in welcher er ohne den dolus sich befunden hätte. S. S. 54 und den Anhang I. — Das A. D. Handelsgesetzbuch (Art. 55) bestimmt ganz allgemein, daß derjenige, welcher ohne Handlungsvollmacht als Handlungsbevollmächtigter contrahirt oder bei Abschluß des Geschäfts seine Vollmacht überschreitet, von dem Dritten nach dessen Wahl auf

Aus dem Vorstehenden ergiebt es sich, daß der Mitcontrahent in den zur Frage stehenden Fällen gesichert ist, wenn derjenige, welcher als Stellvertreter auftrat, im Stande ist, den Vertrag zu erfüllen. In außerordentlich vielen Fällen wird aber die Verweisung an den Stellvertreter für den Mitcontrahenten praktisch ganz bedeutungslos sein. Im Interesse der Sicherheit des Verkehrs hat daher das römische Recht für gewisse Fälle eine Ausnahme von der Regel gemacht, daß der, in dessen Namen ein Geschäft von einem Anderen abgeschlossen ist, nur dann haftet, wenn das Geschäft von dem Anderen in Gemäßheit einer demselben ertheilten Vollmacht abgeschlossen ist. Die Klage, welche in diesen Fällen dem Mitcontrahenten gegen den Principal gegeben wird, geht aber nicht auf Leistung des negativen Interesses, sondern auf Erfüllung des in seinem Namen abgeschlossenen Vertrages, indem dieser im Gegensatz gegen die erwähnte Regel als für den Principal verbindlich anerkannt wird; auch wird die Verbindlichkeit des Vertrages für den Principal nicht von einer culpa desselben abhängig gemacht, sondern nur dann ausgeschlossen, wenn dem Mitcontrahenten der Mangel einer Vollmacht oder einer genügenden Vollmacht bekannt war, oder wenn es ihm als Nachlässigkeit zugerechnet werden kann, daß er sich mit dem Stellvertreter in der Weise, wie von ihm geschehen, eingelassen hat.

Die Bestimmungen, welche das römische Recht hierüber enthält, beziehen sich auf die actio institoria (bezw. exercitoria). Es sind folgende überaus wichtige Bestimmungen:

1. Daß der Principal im Allgemeinen nicht verpflichtet wird, wenn derjenige, welcher als Institor für ihn contrahirt, gar nicht von ihm bevollmächtigt war, versteht sich von selbst. Zur Sicherung des Publikums ist jedoch angenommen, daß, wenn Jemand in einem Verkaufsladen angestellt ist, jeder Dritte ihn ohne Weiteres als berechtigt zum Verkauf ansehen kann. Will der Principal durch eine in seinem Laden angestellte Person nicht verpflichtet werden, so muß er vor oder in dem Laden an einer Jedem sichtbaren Stelle einen Anschlag machen des Inhalts, daß mit dieser Person nicht gehandelt werden darf. Ein solcher Anschlag befreit den Principal aber nur von der Haftung, solange derselbe noch vorhanden ist.

Schadensersatz oder Erfüllung belangt werden kann. M. E. führen die allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht völlig so weit.

Sowie der Anschlag nicht mehr da ist, sei es auch, daß die fälschlich als Institor auftretende Person selbst ihn abgerissen hat, haftet der Principal aus den Geschäften derselben, obgleich sie nicht von ihm bevollmächtigt worden ist[9]).

2) Wenn der Institor bei Abschließung des Geschäfts seine Vollmacht überschritten, oder wenn derselbe contrahirt hat, nachdem seine Vollmacht bereits erloschen war, so müßte nach der allgemeinen Regel eine Haftung des Principals dem Mitcontrahenten des Institors gegenüber ausgeschlossen sein. Das römische Recht schützt jedoch die bona fides des Mitcontrahenten und nimmt demgemäß eine Haftung des Principals an, sofern der Mitcontrahent von dem betreffenden Mangel Nichts wußte und es ihm auch nicht zur Last gelegt werden kann, daß er Nichts davon wußte. Dies wird anerkannt für den Fall, daß der Institor seine Vollmacht überschritten hat[10]), imgleichen für den Fall, daß die Vollmacht zur Zeit der Abschließung des Geschäfts durch den Tod des Principals (dem selbstverständlich der Widerruf gleichzustellen ist) erloschen war[11]). Der Principal, bezw. dessen Erbe haftet so, wie wenn das Geschäft in Gemäßheit einer von ihm ertheilten Vollmacht abgeschlossen wäre; er haftet in dieser Weise ohne Rücksicht darauf, ob der Institor in gutem oder bösem Glauben gehandelt hat, ja auch ohne Rücksicht auf

---

9) L. 11. §§. 2–6. D. de instit. (14. 3).

10) L. 1. §. 5. D. de exercit. (14. 1). Inwieweit der Mitcontrahent, bevor er sich auf das Geschäft einläßt, sich nach dem Umfang der Vollmacht rc. zu erkundigen hat, damit ihm nicht eine Leichtfertigkeit beim Contrahiren zur Last gelegt werden kann, hängt von den Umständen ab. So kann z. B. der Mitcontrahent ohne Weiteres annehmen, daß die in einem Verkaufsladen angestellten Personen zum Verkauf der dort befindlichen Waaren ermächtigt sind, nicht aber, daß dieselben auch ermächtigt sind, ein Darlehn für den Principal aufzunehmen. L. 1. C. de exercit. (4. 25). Ebenso kommt es, wenn ein Schiffsführer für den Rheder contrahirt, wesentlich darauf an, ob das Geschäft innerhalb der Grenzen der gewöhnlichen Ermächtigung der Schiffsführer liegt. L. 1. pr. D. de exercit. (14. 1). Siehe ferner auch L. 7. D. eodem.

11) L. 5. §. 17. L. 17. §. 2. D. de instit. (14. 3). — L. 41. D. de reb. cred. (12. 1). Noch weiter scheint L. 17. §. 3. D. de instit. zu gehen. Nach dem Zusammenhang dürfte aber hier statt: „sciens“ zu lesen sein: „nesciens“. Es klingt in der That doch höchst wunderbar, wenn man sagt: dem, der w i s s e n t l i c h mit dem Institor eines Verstorbenen contrahire, sei dies nicht zuzurechnen. Daß ein römischer Jurist, wenn er angenommen hätte, daß es hier auf die Unkenntniß des Mitcontrahenten nicht ankomme, dies in solcher Weise ausgedrückt haben sollte, läßt sich kaum annehmen.

sein eigenes subjectives Verhalten; das, worauf es allein ankommt, ist das Verhalten desjenigen, welcher mit dem Institor contrahirt hat.

Die angeführten Bestimmungen sind Bestimmungen, welche nicht aus allgemeinen Principien abgeleitet werden, sondern, wie es in L. 1. §. 5. D. de exercit. (14. 1) heißt, „propter utilitatem“, weil „alioquin contrahentes decipientur“, angenommen sind. Und in gleicher Weise wird auch in L. 17. §. 2. und L. 11. §. 5. D. de instit. (14. 3) als Grund der fraglichen Bestimmungen die utilitas und daß die Mitcontrahenten nicht getäuscht werden sollen („neque enim decipi debent contrahentes“) angeführt. Es ist also die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs, welche zu diesen Bestimmungen, die eine Abweichung von dem allgemeinen, sonst geltenden Princip enthalten, geführt hat. Daraus erklärt es sich denn auch, daß, wie namentlich aus L. 7. D. de exercit. (14. 1) hervorgeht, von dem Mitcontrahenten, damit er sich auf diese Vorschriften berufe, nicht bloß bona fides im Allgemeinen, sondern zugleich eine gewisse positive diligentia verlangt wird, deren Maß allerdings je nach den Umständen des besonderen Falles sich bestimmen muß.

Die im Vorstehenden angeführten Bestimmungen des römischen Rechts finden, wie auch in der Praxis angenommen wird, ihre Anwendung in allen Fällen, in welchen die äußere Stellung, welche dem als Mittelsperson Auftretenden von dem Principal gegeben ist, eine solche ist, daß sie den Mitcontrahenten zur Annahme einer gewissen generellen Vollmacht berechtigt, und das Geschäft innerhalb des Umfangs einer solchen Vollmacht liegt[12]). Darüber hinaus wird man nicht gehen können und darüber ist auch, soweit ersichtlich, die Praxis nicht hinausgegangen. Insonderheit kann der Umstand, daß eine Person überhaupt im Dienst des Principals steht und daß von dem Principal wiederholt Geschäfte, welche diese Person ohne Vorzeigung einer schriftlichen Vollmacht für ihn abgeschlossen hat, anerkannt worden sind, nicht genügen, um den Prin-

---

12) Vgl. Seuffert, Archiv IV. 35. XII. 237. 268. XIV. 93. XX. 156. XXI. 68. XXIII. 227. XXVI. 152. XXVII. 126. XXX. 142. Anwendung der fraglichen Bestimmungen auf Personen, die in einem Comptoir angestellt sind, und auf Gutsverwalter.

cipal auch für die von einer solchen Person ohne Vollmacht für ihn abgeschlossenen Geschäfte haftbar zu machen, sofern die betreffende Person nicht eine äußere Stellung einnimmt, welche den Mitcontrahenten zur Annahme einer generellen, auch das in Frage stehende Geschäft umfassenden Vollmacht berechtigt [13]).

Demgemäß werde ich z. B., wenn mein Dienstmädchen, ohne von mir beauftragt zu sein, Sachen für mich in einem Laden auf Credit kauft, nicht aus dem Geschäft haften, wenn es auch in früheren Fällen vorgekommen ist, daß dasselbe Dienstmädchen in demselben Laden ohne schriftliche Vollmacht Sachen für mich auf Credit gekauft hat und das abgeschlossene Geschäft nachher als ein in meinem Auftrage abgeschlossenes von mir anerkannt worden ist. Der Kaufmann kann sich in solchem Fall nur an das Dienstmädchen halten. Dies kann als hart erscheinen. Die Kaufleute sind nämlich gar nicht in der Lage, in solchen Fällen immer die Vorzeigung einer schriftlichen Vollmacht verlangen zu können; würden sie so verfahren, so würde das Publikum dies als eine höchst unbequeme Belästigung ansehen und der Kaufmann, der ein solches Ansinnen stellte, würde Gefahr laufen, einen großen Theil seiner Kundschaft zu verlieren. Dessenungeachtet kann man in den angegebenen Fällen eine Haftung des Principals nicht annehmen. In Wahrheit dürfte sich auch die Sache in folgender Weise verhalten. Die Kaufleute, welche auf Grund einer solchen, angeblich mündlich ertheilten Vollmacht dem angeblich Bevollmächtigten Waaren übergeben, sind sich, wenigstens im Allgemeinen, des damit verbundenen Risikos wohl bewußt, sie übernehmen aber das Risiko, weil das entgegengesetzte Verfahren noch mehr Gefahren für sie mit sich bringt. Sowie es sich um bedeutendere Werthobjecte handelt, wird ein einigermaßen vorsichtiger Kaufmann auf die eine oder die andere Weise das Risiko zu vermeiden wissen, sei es daß er die Vorzeigung einer schriftlichen Vollmacht verlangt, oder, was meistens näher liegt und das Regelmäßige ist, die Waaren nicht der angeblichen Mittelsperson übergiebt, sondern selbst die Uebersendung derselben an den angeblichen Vollmachtgeber übernimmt.

Das Entscheidende ist meiner Meinung nach dies, ob die Stellung der angeblichen Mittelsperson eine solche ist, daß sie zur Annahme einer generellen Vollmacht berechtigt oder ob der Mit-

---

13) Vgl. Seuffert, Archiv II. 174. VI. 244. X. 241. XII. 269.

contrahent annehmen muß, daß die Berechtigung der Mittelsperson, im Namen des Anderen zu contrahiren, eine besondere Vollmacht voraussetzt.

Wende ich mich jetzt zu den Fällen, in welchen Jemand als Specialprocurator eines Anderen auftritt, so kann von einer analogen Anwendung der im römischen Recht für den Institor aufgestellten Grundsätze kaum die Rede sein, wenn der Bevollmächtigte sich nur auf eine mündlich ihm ertheilte Vollmacht beruft. Wenn in solchem Fall der Mitcontrahent dem Stellvertreter Glauben schenkt und es sich nachher ergiebt, daß der als Stellvertreter Auftretende seine Vollmacht überschritten hat oder daß er gar nicht bevollmächtigt war, so kann der Mitcontrahent sich nur an den angeblich Bevollmächtigten halten. Die äußere Stellung desselben giebt dem Mitcontrahenten kein Recht, das Vorgeben des angeblich Bevollmächtigten ohne Weiteres für wahr zu halten. Anders verhält es sich, wenn der im Namen eines Anderen Contrahirende durch Vorzeigung einer schriftlichen Vollmacht sich legitimirt hat. Hier findet sich ein weites Feld für die analoge Anwendung der für die actio institoria aufgestellten Regeln und ich trage kein Bedenken, dieselbe für berechtigt zu halten. Meines Erachtens findet sie ihre volle Berechtigung darin, daß die Klage, welche dem Mitcontrahenten des Specialprocurators gegen den Principal zusteht, in den Quellen als eine actio quasi institoria oder ad exemplum institoriae actionis bezeichnet wird [14]). Die aufgestellte Ansicht findet ferner, wenn auch nicht eine directe Bestätigung, so doch eine Unterstützung in verschiedenen Stellen des römischen Rechts [15]); und endlich enthalten die Quellen keine Entscheidung, welche der analogen Anwendung der für die actio institoria geltenden Grundsätze entgegenstände [16]).

---

14) L. 19. pr. D. de instit. (14. 3). L. 13. §. 25. D. de act. emt. (19. 1). L. 31. pr. D. de negot. gestis (3. 5). L. 5. C. de instit. (4. 25).

15) Auf die L. 12. D. de S. C. Maced. (14. 6) wird man sich nicht berufen können, weil es ungewiß ist, ob nicht die mutatio voluntatis (der Widerruf der Vollmacht) erst nach geschlossenem Geschäft erfolgt ist. Dagegen wird die im Text aufgestellte Ansicht unterstützt durch Stellen, wie L. 15. D. mandati (17. 1), die freilich unmittelbar nur von dem Verhältniß zwischen dem Mandatar und dem Mandanten sprechen.

16) Gegen die im Text aufgestellte Ansicht kann man sich nicht berufen auf die L. 10. C. de procurator. (2. 13): „Si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id, quod gessit, nullum domino prae-

In Anwendung dieser Regeln muß der Principal das von dem Stellvertreter für ihn abgeschlossene Geschäft als für sich verbindlich anerkennen, sofern das Geschäft sich innerhalb der Grenzen der dem Stellvertreter ertheilten und von ihm vorgezeigten schriftlichen Vollmacht gehalten hat, sollte auch der Stellvertreter neben der vorgezeigten Vollmacht eine Nebeninstruction erhalten haben, welche er bei Abschließung des Vertrages überschritten hat. Es kommt hier nicht darauf an, ob der Stellvertreter in gutem Glauben gehandelt hat oder nicht, sondern allein darauf, daß der Mitcontrahent von dem Vorhandensein der Nebeninstruction Nichts wußte und daß auch keine Veranlassung für ihn vorlag, das Vorhandensein einer solchen anzunehmen [17]).

---

judicium facere potuit. Quodsi plenam potestatem agendi habuit, rem judicatam rescindi non oportet, cum, si quid fraude vel dolo egerit, convenire eum more judiciorum non prohibearis". Der Grund der verschiedenen Entscheidung der beiden Fälle liegt allein darin, daß die Handlung des Procurators, durch welche der Proceß verloren gegangen ist, falls derselbe die plena potestas agendi hatte, keine Ueberschreitung der ihm ertheilten Vollmacht enthielt, wohl aber, wenn ihm diese potestas nicht eingeräumt war. Die L. 10. C. cit. enthält also nur eine Anwendung der in den Quellen eben so wohl für den Institor, wie für den Specialbevollmächtigten anerkannten Regel, daß der Principal im Allgemeinen nur durch die vom Stellvertreter innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht vorgenommenen Handlungen verpflichtet wird. Vgl. Anm. 3 und 4. — Ebenso kann man sich nicht auf L. 15. §. 1. D. qui et a quibus (40. 9), L. 4. pr. D. de manumissis (40. 2) und L. 25. §. 14. De de acq. hered. (29. 2) berufen, indem diese Stellen sich nicht auf Geschäfte beziehen, welche der Beauftragte mit Dritten abgeschlossen hat, sondern auf einseitige Handlungen, die von ihm für den Auftraggeber vorgenommen sind. Daß für diese Fälle nicht ein Gleiches angenommen wird, erklärt sich daraus, daß hier die Rücksicht auf die Sicherung des Verkehrs völlig zurücktritt. Vgl. darüber oben S. 98.

17) Vgl. auch Seuffert, Archiv XIX. 230. XXVIII. 29. XXIX. 28. A. M. Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 24, der eine Haftung des Principals nur annimmt, wenn demselben ein dolus oder eine lata culpa zur Last fällt. — Ich kann diese Ansicht nicht für richtig halten. Wie aus L. 1 §. 5. D. de exercit. (14. 1) hervorgeht, muß der exercitor navis das, was der magister vorgenommen hat, gegen sich gelten lassen, auch wenn derselbe gegen die ihm ertheilte Instruction gehandelt hat, sofern das Geschäft innerhalb der Grenzen der gewöhnlichen Ermächtigung der Schiffsführer liegt und dem Mitcontrahenten keine Sorglosigkeit beim Contrahiren vorgeworfen werden kann. Die Analogie dieser Bestimmung führt zu dem im Text angenommenen Satz, indem der, dem Mitcontrahenten vorgelegten schriftlichen Vollmacht keine geringere Bedeutung beigelegt werden kann, als den Folgerungen, welche aus der äußeren Stellung eines Vertreters gezogen werden.

Ebenso ist, wenn auf Grund einer schriftlichen Vollmacht ein dieser Vollmacht entsprechendes Geschäft abgeschlossen ist, die Vollmacht aber zur Zeit der Abschließung des Geschäfts durch Widerruf oder Tod des Vollmachtgebers bereits erloschen war, eine Haftung des Letzteren, bezw. seiner Erben anzunehmen, sofern der Mitcontrahent von dem Widerruf der Vollmacht oder dem Tode des Vollmachtgebers Nichts wußte und auch sonst kein Grund für ihn vorlag, das Erloschensein der Vollmacht zu vermuthen [18]).

Dasselbe dürfte gelten, wenn die Vollmacht, nachdem sie durch Ausführung des Mandats bereits erloschen war, von Neuem zur Abschließung eines derselben entsprechenden Geschäfts benutzt worden ist. Nehmen wir z. B. an: A. hat eine Vollmacht ausgestellt, durch welche er den B. beauftragt, ein Darlehn von 100 *M.* für ihn aufzunehmen; B. nimmt auf Grund dieser Vollmacht zuerst ein Darlehn von 100 *M.* bei C. auf und benutzt dann dieselbe Vollmacht, um auch bei dem D. ein Darlehn von 100 *M.* aufzunehmen, die er nicht abliefert, sondern für sich behält. Daß hier D. eine Klage gegen den A. hat, wird unter der Voraussetzung, daß er in gutem Glauben war und keinen Grund hatte, an der fortdauernden Gültigkeit der Vollmacht zu zweifeln, nicht wohl bestritten werden können; dagegen ist es bestritten, ob in diesem Fall auch C. die Darlehnsklage gegen den A. hat. Dafür, daß dieselbe ihm zu versagen sei, hat man angeführt, daß ihm eine Nachlässigkeit zur Last falle, indem er die Vollmacht bei Abschließung des Geschäfts sich nicht habe ausliefern lassen, und daß er durch diese Nachlässigkeit den Betrug möglich gemacht habe [19]). Es dürfte sich aber sehr fragen, ob der Aussteller der Vollmacht die Anwendung einer derartigen Vorsichtsmaßregel mit Fug in allen Fällen erwarten kann, ob er, der dem Bevollmächtigten ein so großes Vertrauen bewiesen hat, wie es in der Ausstellung einer so allgemein lautenden Vollmacht liegt, ohne Weiteres ein Recht hat, sich darüber zu beschweren,

---

18) Vgl. Seuffert, Archiv XXVIII. 129. S. auch XII. 156. — Hier würde ich ein Gleiches im Fall einer bloß mündlich ertheilten Vollmacht annehmen, aber freilich nur für den Fall, daß auch der Stellvertreter in gutem Glauben war, daß also der Widerruf bezw. Tod des Vollmachtgebers zur Zeit der Abschließung des Geschäfts noch nicht zu seiner Kunde gelangt war, da in diesem Fall auch der Stellvertreter die Anerkennung des Geschäfts von dem Principal, bezw. dessen Erben verlangen kann. L. 15. D. mand. (17. 1).

19) Vgl. Koch, Recht der Forderungen III. S. 482.

daß der Mitcontrahent ein gleiches Vertrauen in die Person des Bevollmächtigten gesetzt hat. Ueberdies kann es zweifelhaft sein, ob der Bevollmächtigte schlechthin verpflichtet ist, die Urkunde, welche auch für ihn (dem Vollmachtgeber gegenüber) von Bedeutung ist, aus den Händen zu geben. Die Fälle sind jedoch sehr verschieden, so daß eine allgemeine Regel schwerlich aufgestellt werden kann [20]).

In den bisher angeführten Fällen ist die Aechtheit der vorgezeigten schriftlichen Vollmacht vorausgesetzt. War die Vollmachtsurkunde gefälscht, sei es in Betreff der Unterschrift, sei es in Betreff des Inhalts, so kann man meiner Ansicht nach eine Haftung des angeblichen Vollmachtgebers nicht anerkennen. Für den Fall der Fälschung der Unterschrift wird dies von Niemandem bestritten werden; aber auch wenn der Inhalt gefälscht ist, kann man, wie ich dafür halte, die Entscheidung nicht davon abhängig machen, ob die Fälschung ohne große Schwierigkeit zu bewerkstelligen war oder nicht und ob sie für den Mitcontrahenten erkennbar war [21]). Es kann dies sehr hart sein; aber hier gilt meiner Meinung nach der Satz: „aequius est injuriam, quae tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri.“ Ich vermag keine Vorschrift in unserm gemeinen Recht zu finden, welche uns, sei es auch nur bei analoger Anwendung, berechtigen könnte, die nachtheiligen Folgen des Verbrechens auf denjenigen abzuwälzen, der bei größerer Vorsicht der Begehung des Verbrechens hätte vorbeugen können. Und ob die Erlassung einer solchen Vorschrift so ganz unbedenklich wäre, ist mir auch noch zweifelhaft.

Auf derselben Linie mit den eben erwähnten Fällen steht für mich der Fall, wenn Jemand auf einem sonst unbeschriebenen Zettel meinen, von mir selbst geschriebenen Namen findet und nun darüber eine Vollmacht zur Aufnahme eines Darlehns oder Aehnliches schreibt.

---

20) So würde ich z. B. in dem von Ihering S. 80 Anm. 84. referirten Fall in Uebereinstimmung mit Ihering eine, die Haftung des Vollmachtausstellers ausschließende Nachlässigkeit darin finden, daß der B. das Schreiben des A. sich nicht ausliefern ließ.

21) A. M. Ihering S. 80, der den Aussteller eines schriftlichen Auftrages wegen culpa in contrahendo auf Leistung des negativen Interesses haften läßt, wenn er die Unvorsichtigkeit begangen hat, die Summe nur in Zahlen und nicht zugleich in Buchstaben auszudrücken und nun eine Zahl in der Weise hinzugefügt worden ist, daß dies nicht wohl zu erkennen war.

Vgl. den Zusatz zu diesem § auf S. XI.

Eben so wenig kann man meiner Ueberzeugung nach annehmen, daß derjenige, dem eine von ihm ausgestellte Vollmacht entwendet worden ist, das von dem Dieb auf Grund dieser Vollmacht mit einem gutgläubigen Dritten abgeschlossene Geschäft gegen sich gelten lassen muß, sei es auch, daß die Vollmacht so lautete, daß jeder Inhaber derselben an sich als legitimirt erschien [22]). Wie man aber auch diesen Fall, sowie die vorher erwähnten Fälle entscheiden möge, jedenfalls kann es sich nach den Anhaltspunkten, welche die Quellen uns bieten, nur darum handeln, ob der Aussteller der Vollmacht das Geschäft so, als ob es wirklich für ihn abgeschlossen wäre, anzuerkennen hat oder nicht. Von einer Haftung des Ausstellers der Vollmacht auf das negative Interesse oder einen sonstigen Schadensersatz kann meiner Ansicht nach nicht die Rede sein.

Aus dem Vorstehenden ergiebt es sich, daß in manchen Fällen derjenige, in dessen Namen ein Geschäft abgeschlossen ist, dasselbe als für sich verbindlich anerkennen muß, obgleich der, welcher das Geschäft in seinem Namen abgeschlossen hat, zu einem solchen Contrahiren nicht ermächtigt war. Die in dieser Beziehung aufgestellten Grundsätze können jedoch nicht als für alle Geschäfte geltend angesehen werden; vielmehr wird man für die Fälle, in welchen es sich für den Mitcontrahenten um einen lucrativen Erwerb handelt, also namentlich für die Fälle des Schenkungsversprechens, eine Abweichung von dem allgemeinen Princip, daß der Wille als das Entscheidende zu betrachten ist, nicht anerkennen können. In diesen Fällen wird demjenigen, in dessen Namen das Versprechen ertheilt worden ist, immer eine Einrede gegen die wider ihn angestellte Klage zu gewähren sein, wenn der Stellvertreter, ohne wirklich dazu ermächtigt zu sein, contrahirt hat. Dies ergiebt sich aus dem oben Bemerkten und ebenso folgt aus dem im §. 10 Ausgeführten, daß der (angebliche) Principal in den fraglichen Fällen nur wegen dolus haftet.

---

22) Ihering S. 81 und Bähr (Jahrbücher XIV. S. 413) nehmen hier eine Haftung des Ausstellers der Vollmacht an, der erstere eine Haftung auf das negative Interesse, der letztere eine Haftung in der Weise, daß er das abgeschlossene Geschäft als für sich verbindlich anerkennen muß.

Vgl. den Zusatz zu diesem § auf S. XI.

§. 17.

Casuistik. — Vertragsschließung durch Boten.

Es ist jetzt noch die Abschließung von Verträgen durch Boten ins Auge zu fassen.

Was den Begriff des Boten betrifft, so stimme ich mit Bähr überein, welcher unter einem Boten als Mittelsperson bei Abschließung von Verträgen denjenigen versteht, „welcher durch seine vermittelnde Thätigkeit ein Geschäft in einer Weise zu Stande bringt, welche ihn dem Dritten gegenüber nicht als bewußten Träger des Geschäfts erscheinen läßt" [1]).

Der Botendienst, durch welchen ein Geschäft zum Abschluß gebracht wird, kann in sehr verschiedener Gestalt vorkommen. Für uns kommt nur die mündliche Bestellung von Seiten eines Boten und die telegraphische Depesche in Betracht [2]).

Durch die mündliche Bestellung eines Boten wird nicht leicht anders ein Geschäft zu Stande kommen, als wenn unter den Contrahenten vorbereitende Verhandlungen bereits stattgefunden haben, an welche die mündliche Botschaft sich anschließt. Ein ganzes Geschäft wird durch die mündliche Bestellung eines Boten nicht leicht negocirt werden [3]), während dies durch telegraphische Depeschen ohne Schwierigkeit geschehen kann. Dies ist aber nur ein factischer Unterschied, der an sich keine Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung zur Folge haben kann. Soweit das Verhältniß zwischen den Contrahenten selbst in Frage steht, müssen für beide Arten des

---

1) Bähr, Jahrbücher VI. S. 299.

2) Daß der Dienst, welchen die Telegraphisten behufs Mittheilung von Erklärungen leisten, rechtlich als ein Botendienst zu betrachten ist, dürfte sich nach der obigen Begriffsbestimmung von selbst ergeben. S. auch Bähr a. a. O. S. 303, dem ich trotz der gegen seine Ansicht erhobenen Bedenken in dieser Beziehung völlig beistimme. — Außerdem ist auch der Ueberbringer eines Briefes ein Bote; das, worauf es in diesem Fall ankommt, ist aber der Inhalt der in dem Briefe enthaltenen schriftlichen Willenserklärung, von deren Bedeutung oben bereits gesprochen ist.

3) Damit dies geschehe, würde es, wie Bähr mit Recht bemerkt, nöthig sein, daß man einen Menschen mechanisch zum Hersagen bestimmter, den Abschluß eines ganzen Geschäfts enthaltender Worte abrichtete, und außerdem würde es nöthig sein, daß dieser Mensch auch den Auftrag in der angegebenen Weise auffaßte, mithin die Worte dem Mitcontrahenten gegenüber gewissermaßen wie ein dazu abgerichteter Papagei aufsagte.

Botendienstes dieselben Regeln gelten [4]). Es wird daher nicht erforderlich sein, im Nachfolgenden immer auch der telegraphischen Depesche besonders zu gedenken.

Wenn derjenige, welcher als Bote eine mündliche Bestellung ausrichtet, von dem, als dessen Bote er auftritt, gar nicht beauftragt gewesen ist, kann eine Haftung des Letzteren nicht angenommen werden [5]). Die Gründe, welche dahin geführt haben, unter Umständen eine Haftung aus den Geschäften einer ohne Vollmacht als Stellvertreter auftretenden Person anzunehmen, treffen hier nicht zu.

Imgleichen kann eine Haftung nicht angenommen werden, wenn der wirklich beauftragte Bote die Bestellung wissentlich falsch ausrichtet [6]). Jedenfalls kann man nicht weiter gehen, als daß man den Absender für dasjenige verantwortlich macht, was der Bote als Bote, in der Eigenschaft, in welcher er von dem Auftraggeber abgesandt worden ist, thut. Der Empfänger wird sich also nur an den Boten halten können, gegen den wegen des ihm zur Last fallenden dolus unter allen Umständen ein Anspruch auf das negative Interesse (die actio doli) begründet ist. Ob gegen den dolosen Boten auch eine Klage auf Erfüllung des Vertrages, bezw. das Erfüllungsinteresse zulässig ist, kann zweifelhaft sein. Als Bote kann er selbstverständlich in dieser Weise nicht in Anspruch genommen werden; indem er aber wissentlich die Botschaft falsch ausrichtet, stellt er selbst sich auf einen anderen Boden und wird sich, wie ich glauben möchte, gefallen lassen müssen, daß auch der Mitcontrahent ihn demgemäß behandelt.

Für den Fall, wo der Bote die Erklärung, welche er zu über-

---

4) Ob für die Haftung der Telegraphenanstalten, bezw. der Telegraphenbeamten auch ein Gleiches gilt, ist eine Frage, die neuerdings vielfach besprochen ist; hierauf näher einzugehen, geht aber über den Zweck der gegenwärtigen Abhandlung hinaus.

5) Wenn die voraufgegangene Vereinbarung nur auf ein einzelnes Geschäft sich bezogen hat, wird der Fall nicht leicht vorkommen. Eher kann er vorkommen, wenn die voraufgegangene Vereinbarung einen allgemeineren Inhalt gehabt hat. Z. B. ich bin mit einem Kaufmann übereingekommen, für ein Jahr den ganzen Bedarf an Zucker für meine Haushaltung bei ihm zu kaufen, indem zugleich ein bestimmter Preis für das Kilogramm bedungen ist; jetzt holt mein Dienstmädchen ohne Auftrag für meine Rechnung 5 Kilogramm Zucker, welche es zu eigenem Nutzen verwendet.

6) S. darüber auch Windscheid, Pandekten §. 308. Anm. 7.

mitteln hat, in Folge eines Versehens unrichtig übermittelt, müssen meiner Meinung nach dieselben Grundsätze gelten, wie für den Fall des Versehens bei einer schriftlichen Willenserklärung. Als Regel wird man hiernach die Ungültigkeit des Vertrages annehmen müssen[7]).

Für die Fälle der Nichtübereinstimmung der schriftlichen Erklärung mit dem Willen tritt, wie oben (S. 112) bemerkt worden ist, eine Ungültigkeit des Geschäfts nicht ein, wenn den Umständen nach anzunehmen ist, daß der Unterzeichner der Urkunde sich ihrem Inhalte, derselbe sei, wie er sei, unterworfen habe. Ob hiervon auf dem Gebiet, mit welchem wir es hier zu thun haben, eine Anwendung gemacht werden kann, so daß man das Geschäft mit dem durch das Versehen des Boten ihm gegebenen Inhalt als gültig anzuerkennen hätte, ist mir sehr zweifelhaft. Die Entscheidung hängt davon ab, ob Fälle vorkommen können, in welchen man anzunehmen hat, der Urheber der durch den Botendienst zu übermittelnden Erklärung habe sich der abzugebenden Erklärung, wie sie auch ausfallen möge, unterworfen[8]).

---

7) Ob gänzliche oder nur theilweise Ungültigkeit des Geschäfts anzunehmen, hängt von den Umständen ab. So würde z. B., wenn ich mit dem A. einen Handel über eine Quantität Roggen unter Festsetzung des Preises für die Tonne verabredet und dabei eine nähere Angabe über das mir zuzusendende Quantum vorbehalten hätte und wenn nun mein Bote, statt, wie ihm aufgetragen, sechs Tonnen als das von mir gewünschte Quantum anzugeben, sechszehn Tonnen angegeben hätte, das Geschäft nur in Betreff der überschießenden zehn Tonnen ungültig sein.

8) Bei der Uebermittelung der Erklärung durch telegraphische Depesche könnte man, vorausgesetzt, daß diese Art der Uebermittelung frei gewählt und nicht etwa auf Grund einer Aufforderung des Mitcontrahenten erfolgt ist, am ehesten geneigt sein, die erwähnte Auffassung anzunehmen; doch scheint mir auch hier eine solche Annahme sehr bedenklich zu sein. — Im Seuffert'schen Archiv findet sich, soviel ich habe entdecken können, nur eine Entscheidung, welche auf einen Fall der zur Frage stehenden Art sich bezieht. Seuffert XXX. 116. Auf eine von L. an B. gerichtete Vorfrage, zu welchem Preise er eine größere Quantität Kartoffeln liefern könne, telegraphirte B.: „200 Centner zu 29 Sgr."; durch ein Versehen des Telegraphisten erhielt L. aber die Depesche: „200 Centner zu 21 Sgr.", worauf er sofort zurück telegraphirte, daß er acceptire. Nach erfolgter Lieferung der Kartoffeln entstand ein Streit über den zu zahlenden Preis. In den beiden ersten Instanzen wurde angenommen, daß B. der angelangten Depesche entsprechend nur 21 Sgr. für den Centner fordern könne. Das O.-A.-G. in Berlin, an welches die Sache sodann gelangte, hat es jedoch vermieden, hier-

Wenn nun der Vertrag für ungültig zu halten ist, so fragt es sich, ob dem Empfänger der durch den Boten übermittelten Erklärung ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht.

Ihering hält den Absender des Boten wegen culpa in contrahendo schlechthin zur Erstattung des negativen Interesses verpflichtet [9]). Zu demselben Resultat kommt von seinem Standpunkt

---

über sich auszusprechen, indem es, auch abgesehen davon, die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde für unbegründet hielt.

9) Ihering, Jahrbücher IV. S. 83 fg. Er findet zunächst schon darin ein Verschulden, daß Jemand statt der directen Mittheilung die minder sichere indirecte Mittheilung wählt. Wie dies möglich ist, vermag ich nicht einzusehen, da der Verkehr die indirecte Mittheilung gar nicht entbehren kann, und namentlich vermag ich nicht einzusehen, wie man in der Benutzung des Telegraphen zur Abschließung von Geschäften ein Verschulden finden kann, da selbst die höchsten Staatsbehörden sich desselben bei Mittheilung ihrer Entschließungen bedienen. — Außerdem sucht Ihering die Haftung für die culpa des Boten aus den allgemeinen Principien über die Haftung für das Verschulden der Vertreter zu deduciren. Die Stellen, auf welche er (S. 85 Anm. 88) sich beruft, beziehen sich aber auf Fälle, in welchen ein Schuldner zur Ausführung desjenigen, was ihm nach einer bereits begründeten Obligation obliegt, sich fremder Hülfe bedient. Ihre Beweiskraft für die Frage, um welche es sich hier handelt, würde darauf beruhen, daß für die Haftung beim Contrahiren dieselben Grundsätze gelten, wie für die Haftung in Betreff der Erfüllung einer bereits begründeten Obligation. Das Letztere selbst kann durch die von Ihering citirten Stellen nicht bewiesen werden. — Ueberdies zweifle ich sehr, ob es Ihering, wie er das hofft, gelingen wird, das Princip, welches er in Betreff der Haftung für die culpa der Vertreter aufstellt, nachzuweisen und ob dieses Princip im vorliegenden Fall zu einer Haftung für die fremde culpa führen würde. Daß derjenige, welcher eine Handlung, die ihm selbst (d. h. doch wohl: ihm persönlich) auszuführen obgelegen hätte, durch einen Anderen ausführen läßt, schlechthin für dessen culpa haftet, nehme ich auch an; eine Verpflichtung des Contrahenten, persönlich seinen Willen dem Mitcontrahenten gegenüber zu erklären, vermag ich aber nicht zu begründen. Der andere, von Ihering aufgestellte Satz, daß derjenige, welcher einen Anderen zur Vornahme der Handlung nur auszusuchen brauchte, nur dann für dessen culpa haftet, wenn er sich einer culpa in eligendo schuldig gemacht hat, wird von ihm für unsere Frage nicht benutzt; ich kann aber die Bemerkung nicht zurückhalten, daß ich diesen Satz, sofern es sich um erst noch werdende Verhältnisse handelt, für nicht anwendbar halte, weil die culpa keine allgemeine causa obligationis ist, daß ich ihn aber, sofern es sich um bereits begründete obligatorische Verhältnisse handelt, in der Allgemeinheit, in welcher er aufgestellt ist, für unrichtig halte. Der Schneider, dem ich ein Stück Zeug zur Anfertigung eines Rockes übergebe, haftet, wenn sein Geselle das Zeug verdorben hat, gewiß nicht bloß für culpa in eligendo und doch wird man regelmäßig nicht sagen können, daß ihm persönlich die Anfertigung des Rocks ob-

aus auch Windscheid[10]). Ich vermag nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts eine allgemeine Verpflichtung nicht zu begründen, halte vielmehr den Absender des Boten nur insoweit zur Erstattung des Schadens verpflichtet, als dies nach den in Betreff des Mandats geltenden Grundsätzen sich rechtfertigt. Da in dieser Beziehung ganz dasselbe gelten muß, wie für die Fälle, in welchen die abgegebene schriftliche Erklärung in Folge eines Versehens mit dem Willen des Unterzeichners nicht übereinstimmt, so kann ich auf das oben (S. 112) Bemerkte hier Bezug nehmen. Eine solche Haftung des Absenders des Boten wird in sehr vielen Fällen eintreten.

Die Frage, ob und inwieweit der Bote haftet, welcher die Bestellung in Folge eines Versehens unrichtig ausgerichtet hat, habe ich bisher übergangen; es ist nöthig, zum Schluß noch auf diese Frage einzugehen.

Daß der Empfänger der Botschaft nicht unmittelbar eine Klage gegen den Boten hat, versteht sich von selbst. Da er zu dem Boten in keinem obligatorischen Verhältniß steht und die bloße culpa keine allgemeine causa obligationis ist, so kann von einer Klage, welche der Empfänger unmittelbar gegen den Boten anstellen könnte, nicht die Rede sein. Soll er eine Klage gegen den Boten erlangen, so kann dies nur durch Abtretung von Seiten des Absenders geschehen.

Der Bote ist, wenn er einer culpa sich schuldig gemacht hat, an sich dem Absender zum Schadensersatz verpflichtet. In den Fällen, in welchen der Absender dem Empfänger der Botschaft zu einem Schadensersatz verpflichtet ist, kann er die actio mandati auf Erstattung des durch die culpa des Boten erlittenen Schadens gegen diesen anstellen[11]). Wie aber in den Fällen, in denen der

---

gelegen hätte; meistentheils wird von den Kunden nicht erwartet, daß die Handlung von dem Schneider in eigener Person vorgenommen werde.

10) Windscheid, Pandekten §. 308. Anm. 6.

11) Als Regel muß man dies jedenfalls anerkennen, einerlei wie man auch die von Bähr (Jahrbücher VI. S. 301) aufgeworfene Frage beantworten mag, ob der Bote ohne Weiteres zur Erstattung des ganzen, durch die unrichtige Bestellung verursachten Schadens verpflichtet sei, auch wenn er sich bei Eingehung des Verhältnisses dieser Haftbarkeit nicht einmal annähernd bewußt gewesen sei. — Was übrigens diese Frage betrifft, so bin ich der Ansicht, daß das hervorgehobene Moment für den Fall des Mandats von großer Bedeutung ist, und zwar aus folgenden Gründen. Wenn Jemand einen Auftrag giebt, dessen Bedeutung an sich dem Mandatar nicht einleuchten kann, wie z. B. wenn Jemand einem Be-

Absender des Boten auch nach den in Betreff des Mandats aufgestellten Grundsätzen nicht haftet, in denen nicht er, sondern der Empfänger der Botschaft durch die unrichtige Bestellung einen Schaden erlitten hat? Läßt sich hier ein Anspruch des Letzteren gegen den Absender des Boten auf Abtretung der Klage gegen den Boten begründen?

Ich glaube, daß man diese Frage mit Bähr [12]) wird verneinen müssen. Im Allgemeinen setzt der Anspruch des Mandanten gegen den Mandatar voraus, daß der Erstere durch die culpa des Letzteren einen Schaden erlitten habe. Hat der Mandant weder unmittelbar durch die culpa des Mandatars einen Schaden erlitten, noch auch mittelbar dadurch, daß er einem Anderen in Folge dieser culpa zum Schadensersatz verpflichtet ist, so ist ein Anspruch des Mandanten gegen den Mandatar (hier des Absenders gegen den Boten) nicht begründet und deshalb kann auch, wenigstens im Allgemeimen von

---

kannten, der eine Reise unternimmt, einen Brief, der eine Banknote von 1000 M enthält, zur Besorgung übergiebt, so trifft ihn der Vorwurf der Nachlässigkeit, wenn er den Mandatar von der Bedeutung des Auftrages nicht in Kenntniß gesetzt hat; er war um so mehr verpflichtet, dem Mandatar eine Mittheilung zu machen, als er nicht ohne Weiteres annehmen konnte, daß der Mandatar das Mandat auch dann übernehmen würde, wenn er von der Bedeutung des Auftrages und dem Umfange der Verantwortlichkeit in Kenntniß gesetzt würde. Dem Mandanten würde also, wenn er gegen den, von dem Inhalt des Briefes nicht in Kenntniß gesetzten Mandatar, falls dieser den Brief verloren hätte, auf Erstattung der 1000 M klagen wollte, ein Einwand auf Grund der L. 203 D. de R. J. (50. 17) entgegenstehen. Eine gleiche Erwägung kann auch in anderen Fällen, als den Fällen des Mandats, dem Anspruch auf den vollen Schadensersatz entgegenstehen; ich halte es aber nicht für richtig, wenn Ihering (Schuldmoment S. 55 fg.) ganz allgemein die Haftung des culposen Verletzers auf Erstattung des vorherzusehenden Schadens beschränken will; auch glaube ich nicht, daß es eine „rohe" Ansicht ist, wenn man als Regel aufstellt, daß derjenige, welcher durch die Schuld eines Anderen einen Schaden erleidet, sofern auf Grund davon rechtlich ein Anspruch begründet ist, auch wirklich schadlos gehalten werden soll. Oder sollte es in Wahrheit eine höhere Gerechtigkeit sein, den Schuldigen auf Kosten des Schuldlosen theilweise frei zu lassen? Was Ihering von dem festzustellenden Gleichgewicht zwischen Schuld und Strafe sagt, trifft meiner Meinung nach durchaus nicht zu, weil es sich hier um einen Nachtheil handelt, der, wenn er auch von dem Verletzer ähnlich, wie eine Strafe empfunden werden mag, doch in Wahrheit und im Verhältniß zum Verletzten nichts weniger als eine Strafe ist. S. auch Demelius, Jahrbücher V. S. 75 fg., Windscheid, Pandekten §. 258 Anm. 14.

12) Bähr, Jahrbücher VI. S. 302.

einer Verpflichtung des Mandanten zur Abtretung eines solchen Anspruchs nicht die Rede sein. Der Grundsatz: „nemo ideo obligatur, quia recepturus est ab alio, quod praestiterit"[13]), gilt freilich nicht ausnahmslos. In einigen Fällen wird angenommen, daß eine Person, die für die culpa eines Dritten nicht verantwortlich und deshalb selbst durch dieselbe nicht in Schaden gekommen ist, doch, sofern an sich eine Klage für sie begründet sein würde, dem Schadenleidenden zur Abtretung der Klage gegen den Dritten verpflichtet ist[14]). Ich möchte aber glauben, daß dies nur für solche Fälle gilt, in welchen die betreffende Person, falls ihr selbst die schadenbringende Handlung zur Schuld zugerechnet werden könnte, zum Schadensersatz verpflichtet gewesen wäre. Nach den Entscheidungen, welche wir in den Quellen finden, wird man nicht berechtigt sein, weiter zu gehen; man wird daher für den zur Frage stehenden Fall auch von diesem letzteren Gesichtspunkt aus ein Recht des Empfängers der Botschaft auf Abtretung der Klage gegen den Boten wohl schwerlich ableiten können.

---

§. 18.

Casuistik. — Widerruf der Offerte. Tod des Offerenten. Zurücknahme einer öffentlichen Auslobung.

Die zweite Classe von Fällen, welche Ihering unter der Rubrik: „Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens" erörtert, wird durch die Fälle gebildet, in welchen der ursprünglich vorhanden gewesene

13) L. 171. D. de R. J. (50. 17).

14) So ist der Schuldner, welcher sich bei Erfüllung der Obligation fremder Hülfe bedient, in den Fällen, in welchen er nur für culpa in eligendo haftet und eine solche culpa ihm nicht zur Last fällt, doch, wenn durch culpa des Gehülfen eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt ist, zur Abtretung der Klage gegen den Gehülfen verpflichtet. Obgleich der Schuldner an sich nicht haftet, wird hier doch eine Haftung des Schuldners angenommen, damit der Schaden nicht den Gläubiger, sondern denjenigen treffe, der durch seine culpa ihn veranlaßt hat. Vgl. L. 11. pr. D. locati (19. 2). Eben so wird, obgleich der Pupill für die Verschuldungen seines Vormundes nicht haftet, doch eine Haftung insoweit angenommen, daß er die Klage gegen den Vormund cediren muß. L. 61. D. de adm. tut. (26. 7). L. 1. D. quando ex facto tutorum (26. 9).

Wille später weggefallen und in Folge davon ein gültiger Vertrag nicht zu Stande gekommen ist.

Von den einzelnen Fällen, welche Ihering hier behandelt, ist der eine: „Willensänderung bei Abschluß von Verträgen durch Mittelspersonen" bereits oben zur Sprache gekommen. Es bleiben übrig: Widerruf der Offerte und Tod des Offerenten vor der Acceptation bei Vertragsabschluß unter Abwesenden und Zurücknahme einer öffentlichen Auslobung.

Ihering nimmt an, daß der Vertrag nicht zu Stande kommt, wenn in dem Moment, in welchem der Empfänger der Offerte die Offerte annimmt, der Offerent gestorben oder von demselben ein, die Offerte zurücknehmender Brief abgeschickt war. Zugleich aber hält er den Offerenten bezw. dessen Erben zur Leistung des negativen Interesses verpflichtet, wenn der Empfänger der Offerte vor erlangter Kunde von dem Widerruf oder von dem Tode des Offerenten mit der Ausführung des Vertrages begonnen hat, indem er auch hier seine Theorie von der culpa in contrahendo zur Anwendung bringt [1]). Er hat selbst nicht verkennen können, wie überaus schwierig es ist, in dem Fall des Todes des Offerenten eine culpa in contrahendo ausfindig zu machen; wenn er dennoch sich dieser Mühe unterzogen hat, so ist es nur deshalb geschehen, weil er es der Billigkeit entsprechend hält, daß dem Empfänger der Offerte in diesem Fall eine Entschädigung zu Theil werde. Es tritt hier, wie mir scheint, am Eclatantesten das Bedenkliche des Ihering'schen Verfahrens hervor. Wenn man seine Deduction auf ihren wahren Gehalt zurückführt, so lautet sie folgendermaßen: Ich halte es für billig, daß der Empfänger der Offerte im angegebenen Fall entschädigt wird; deshalb sind die Erben des Offerenten zum Schadensersatz verpflichtet und da eine solche Verpflichtung ohne culpa der Pflichtigen, bezw. ihres Erblassers nicht angenommen werden kann, so muß eine culpa angenommen werden und zwar, da die Erben persönlich beim Contrahiren gar nicht betheiligt gewesen sind, eine culpa ihres verstorbenen Erblassers, durch dessen Tod das Zustandekommen des Geschäfts verhindert worden ist.

Windscheid stimmt im Resultat Ihering bei; er leitet aber die Verpflichtung des Offerenten, bezw. seiner Erben zur Erstattung des negativen Interesses daraus ab, daß jeder Vertragschließende

1) Ihering S. 86 fg. S. 91 fg.

einstehen muß für die nachtheiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages, sofern dieses Zustandekommen durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Gegner nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist [2]).

Es würde viel zu weit führen, wenn ich hier auf die überaus bestrittene Frage nach dem Zustandekommen eines Vertrages unter Abwesenden eingehen wollte; auch liegt dies außerhalb der Gränzen der gegenwärtigen Erörterung. Soviel scheint mir fest zu stehen, daß, wenn und soweit das Recht dem Offerenten die Befugniß einräumt, die Offerte zu widerrufen, in der Ausübung dieser Befugniß eine culpa nicht gefunden werden kann [3]).

---

2) Windscheid, Pandekten §. 307. Anm. 5. und 10.

3) Ihering (S. 88) begegnet dem obigen Einwand mit der Bemerkung, daß auch der Mandant und der Gesellschafter das Recht hätten, jeder Zeit zurückzutreten, daß dies aber an sich eine culpa in der Ausübung dieses Rechts nicht ausschließe. Ganz recht. Eine culpa in der Ausübung des Rechts schließt es nicht aus, wohl aber daß die Ausübung des Rechts als solche zur culpa zugerechnet werden kann. — Noch weniger vermag ich, abgesehen von dem Fall, daß der Offerent von Anfang an die Absicht hatte, die Offerte wieder zurückzunehmen und solchergestalt den Empfänger der Offerte in Schaden zu bringen, in dem Widerruf der Offerte, sofern derselbe an sich berechtigt war, einen dolus zu entdecken. Bekker (Jahrbuch des gem. Rechts II. S. 369 fg.) beruft sich dafür, daß in dem Widerruf der Offerte ein dolus liege, auf folgende zwei Stellen:

L. 16. §. 1. D. de praescr. verb. 19. 5. (Pomponius).

„Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem; sevi nec pateris me fructus tollere; nullam juris civilis actionem esse, Aristo ait; an in factum dari debeat, deliberari posse; sed erit de dolo“.

L. 34. D. de dolo. 4. 3. (Ulpianus).

„Si, cum mihi permisisses saxum ex fundo tuo ejicere vel cretam vel arenam fodere et sumptum in hanc rem fecerim et non patiaris me tollere, nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit“.

Die Vergleichung, welche Bekker zwischen der Offerte und dem rechtlich nicht verbindlichen permittere, von welchem in diesen Stellen die Rede ist, anstellt, ist, wie ich einräume, nicht unberechtigt; aber ich kann es nicht für richtig halten, wenn Bekker nach den abgedruckten Stellen annimmt, daß die bloße Zurücknahme eines nicht rechtsverbindlichen Versprechens schon eine actio doli begründet. Meines Erachtens muß der dolus, auf welchen die actio doli in den fraglichen Fällen sich gründet, darin gefunden werden, daß der Grundbesitzer, nachdem er durch sein Versprechen den Anderen zur Aufwendung von Kosten veranlaßt hat, den Vortheil, der durch diese Aufwendung erreicht ist, ohne Weiteres für sich behalten und so auf Kosten des Anderen sich bereichern will, oder

Meiner Meinung nach kann es sich demnach nur fragen, ob der Empfänger der Offerte auf Grund der für die actio mandati contraria geltenden Bestimmungen einen Anspruch auf Erstattung der von ihm in Folge der Offerte aufgewendeten Kosten ꝛc. erheben kann.

Diese Frage ist, wie ich dafür halte, unzweifelhaft zu bejahen für diejenigen Fälle, in welchen mit der Offerte die ausdrückliche Aufforderung zu einem sofortigen entsprechenden Handeln verbunden gewesen ist. Insofern das Geschäft, um welches es sich handelt, unter den Begriff des Mandats fällt, folgt aus den Bestimmungen, welche das römische Recht über das Mandat aufstellt, daß dem Empfänger der Offerte, wenn und soweit er den in derselben enthaltenen Auftrag zur Zeit des Anlangens des Widerrufs, bezw. der Nachricht von dem Tode des Offerenten bereits ausgeführt hatte, die actio mandati contraria gegen den Offerenten, bezw. dessen Erben zusteht. Dafür kann man sich auf verschiedene Entscheidungen in den Quellen berufen [4]). Ein Gleiches ist aber auch in Betreff derjenigen Offerten anzunehmen, welche die Aufforderung zu einem sofortigen Handeln enthalten, aber deshalb nicht unter den Begriff des Mandats fallen, weil durch das Handeln ein anderweitiges Rechtsgeschäft zwischen dem Offerenten und dem Empfänger der Offerte begründet werden soll, wie z. B. wenn Jemand an einen Cigarrenhändler schreibt, daß er ihm eine Kiste Cigarren von einer in seinem Preiscourant aufgeführten Sorte schicke. Hier enthält die Offerte die Proposition zur Abschließung eines Kaufvertrages

---

anders ausgedrückt, daß er den Ertrag der fremden Arbeit sich so zueignen will, als ob diese Arbeit ihm donandi animo geleistet wäre, während er doch den Anderen durch das Versprechen, daß er den Ertrag der Arbeit haben solle, zur Vornahme der Arbeit veranlaßt hat. — In gleicher Weise ist meiner Meinung nach die actio doli, der in der L. 5. §. 3. D. de praescr. verb. (19. 5) gedacht wird, zu erklären.

4) Vgl. §. 10. J. de mandato (3. 26). L. 15. L. 26. pr. §. 1. L. 58. pr. D. mandati (17. 1). L. 34. §. 3. D. de solut. (46. 3). L. 15. C. mandati (4. 35). — Die Stellen beziehen sich allerdings auf Fälle, wo der Widerruf, bezw. der Tod des Mandanten erst erfolgt ist, nachdem der Mandatsvertrag bereits abgeschlossen war. Die Gründe, auf welche die Entscheidungen sich stützen, lassen es aber als völlig unbedenklich erscheinen, dieselben auch auf solche Fälle anzuwenden, in welchen der den Auftrag enthaltende Brief bei dem Mandatar noch nicht angelangt war, als der Mandant einen, das Mandat zurücknehmenden Brief abschickte oder der Tod desselben erfolgte.

und zugleich einen auf Zusendung der fraglichen Waare gerichteten Auftrag. Wenn das Geschäft zu Stande kommt, fordert der Verkäufer mit der actio venditi neben dem Kaufpreis auch die Erstattung der Kosten, welche durch die Ausführung des Auftrages für ihn entstanden sind. Kommt das Geschäft trotzdem, daß der Empfänger der Offerte das dem Auftrag entsprechende Handeln vorgenommen hat, nicht zu Stande, so bleibt jedenfalls die Verpflichtung aus dem Auftrage bestehen, so daß der Empfänger der Offerte, wenngleich nicht das negative Interesse, doch eine Schadloshaltung wegen der gehabten Kosten verlangen kann [5]).

Zweifelhafter ist die Sache in den Fällen, in welchen mit der Offerte eine ausdrückliche Aufforderung zu einem entsprechenden sofortigen Handeln nicht verbunden gewesen ist. Die Erwägung, daß regelmäßig in der Offerte eine stillschweigende Aufforderung zur Vornahme der derselben entsprechenden Handlung gefunden werden muß (S. 79 fg.), dürfte es jedoch rechtfertigen, in Betreff dieser Fälle im Allgemeinen dasselbe anzunehmen, wie in Betreff der vorher angeführten Fälle. Jedoch ist hier nöthig, daß nicht bloß das Handeln zum Behuf der Erfüllung der nach dem Inhalt des offerirten Geschäfts dem Empfänger der Offerte obliegenden Verpflichtung, sondern auch die Absendung der acceptirenden Erklärung vor der Kunde von der Zurücknahme der Offerte oder dem Tode des Offerenten erfolgt ist [6]).

Den Schluß der Fälle, an welchen Ihering seine Theorie erprobt, bildet die Zurücknahme einer öffentlichen Auslobung. Er hält den Auslobenden an sich für berechtigt, die Auslobung zurückzunehmen, findet aber in der Zurücknahme der Auslobung eine culpa in contrahendo, welche den Rücktretenden

---

5) Sehr fraglich ist es übrigens, ob nicht der Offerent, bezw. dessen Erbe schlechthin an den Vertrag gebunden ist, wenn der die Bestellung zurücknehmende Brief, bezw. die Nachricht von dem Tode des Offerenten erst nach Absendung der Waare bei dem Empfänger der Offerte anlangt. Wenn man annimmt, daß der Vertrag mit der Absendung der Annahmeerklärung perfect wird, muß man die Frage bejahen, weil in der Absendung der Waare eine stillschweigende Annahmeerklärung liegt. Seuffert, Archiv XXXII. 28.

6) Vom legislatorischen Standpunkte aus empfiehlt es sich entschieden, den Zeitpunkt, mit welchem der Vertrag perfect wird, so zu bestimmen, daß die im Text erörterte Frage ihre praktische Bedeutung, mindestens im Wesentlichen, verliert. Diesen Weg hat auch das Handelsgesetzbuch eingeschlagen.

verpflichtet, diejenigen zu entschädigen, welche mit der vorgeschriebenen Thätigkeit bereits begonnen haben[7]. Windscheid ist im Resultat derselben Ansicht, leitet dieses Resultat aber daraus ab, daß auch hier der Gegner durch die Erklärung (Auslobung) zu einem der Wirklichkeit nicht entsprechenden Vertrauen bestimmt worden sei[8]. Savigny, Schütze und Schott halten in dem zur Frage stehenden Fall die actio doli für begründet[9]. Noch Andere nehmen an, daß die Zurücknahme der Auslobung denjenigen gegenüber unwirksam sei, welche zur Zeit der Bekanntmachung derselben bereits mit der Ausführung begonnen hatten[10].

Die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs spielt hier gar keine oder doch eine so untergeordnete Rolle, daß ein Bedürfniß, von den allgemeinen Principien des Rechts abzuweichen, nicht vorliegen dürfte. In dieser Beziehung ist es sogar von geringer Bedeutung, ob man annimmt, daß die Auslobung eine rechtliche, oder daß sie nur eine sittliche Verpflichtung begründet. Dies dürfte sich aus folgender Betrachtung ergeben.

Es wird allgemein angenommen, daß nicht alle Auslobungen verbindlich sind und zwar denkt man dabei vorzugsweise an die so häufig vorkommenden „Marktschreiereien, mit welchen oft bedeutende Belohnungen demjenigen versprochen werden, welcher die Ungenügendheit irgend einer Waare nachweisen werde". Man sagt nun, daß die Auslobungen unverbindlich sind, wenn es in denselben als erkennbar hervortritt, daß ihnen ein ernstlicher Verpflichtungswille nicht zu Grunde liegt[11]. Was hat man aber hier für ein Kriterium? Es ist die Behauptung aufgestellt worden, daß eine ernstliche Willensmeinung nicht anzunehmen sei, wenn der Aus-

---

7) Jhering S. 93—106.

8) Windscheid, Pandekten §. 309. Anm. 5.

9) v. Savigny, Obligationenrecht II. S. 91. Schütze, Jahrbuch des gem. R. V. S. 69. Schott, der obl. Vertrag unter Abwesenden S. 145 fg.

10) Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen Heft 1. S. 222 fg., Sintenis, Civilrecht II. §. 96. Anm. 58. — Diese Ansicht vermeidet die Schwierigkeit, einen Ersatzanspruch zu begründen; dagegen bedarf sie einer Voraussetzung, an der es meines Erachtens völlig fehlt. Die erwähnte Ansicht würde sich nämlich nur dann aufrecht erhalten lassen, wenn man annehmen könnte, daß durch den Beginn der Ausführung ein durch die Vollendung der geforderten Leistung bedingter Vertrag zwischen dem die Ausführung Beginnenden und dem Auslober zu Stande kommt. Dies läßt sich aber nicht deduciren.

11) Windscheid, Pandekten §. 309. Anm. 6.

lobende kein Interesse an der Erfüllung der gestellten Bedingung oder gar ein Interesse daran habe, daß die Bedingung nicht erfüllt werde [12]). Aber daraus folgt in keiner Weise, daß der Auslobende nicht ein Interesse daran haben kann, die Bedingung zu stellen und für den Fall der Erfüllung etwas zu versprechen; — und doch würde dies gerade das Moment sein, woraus ein Schluß auf das Vorhandensein oder Fehlen einer ernstlichen Willensmeinung zu ziehen wäre. Tritt man der Sache näher, so kommt es in Wahrheit darauf hinaus, daß das Kriterium wesentlich in der Persönlichkeit des Auslobers, wie sie in der Auslobung zu Tage tritt, liegt, daß die Auslobungen solcher Personen, welche sich hiernach als unzuverlässige Personen darstellen, als unverbindlich gelten, die Auslobungen solcher Personen aber als verbindlich, von welchen nach der Art und Weise der Auslobung angenommen werden kann, daß sie sich nicht weigern werden, im Fall der erfolgten Leistung das Ausgelobte zu zahlen. Darin mag auch der Grund liegen, daß die Frage nach der rechtlichen Verbindlichkeit der Auslobung so selten zur gerichtlichen Entscheidung kommt [13]); und ich kann nicht läugnen, daß der eben dargelegte Sachverhalt nicht unerhebliche

---

12) Schütze a. a. O. S. 46 fg.

13) In den 33 Bänden des Seuffert'schen Archivs habe ich keinen Fall gefunden, in welchem die Frage zur Entscheidung gekommen wäre. Der im Band IX. 275 mitgetheilte Fall ist nämlich der Art, daß hier nicht die Auslobung für sich allein da steht, sondern in Verbindung mit anderen sehr erheblichen Umständen, welche wohl geeignet waren, die Zusage zu einer rechtlich bindenden zu machen. Soweit ich ersehen kann, finden sich im Seuffert'schen Archiv nur einige Entscheidungen, in welchen beiläufig, aber ohne daß für den concreten, zur Entscheidung stehenden Fall etwas darauf ankam, die Verbindlichkeit der Auslobung anerkannt wird. Vgl. Seuffert XI. 217 und 218. — Ihering (S. 100) beruft sich auf ihm bekannte gerichtliche Entscheidungen, welche sich auf den Fall einer von öffentlich auftretenden Gymnasten auf ihre Besiegung ausgesetzten Prämie beziehen. Diese Entscheidungen enthalten aber, wenn ich den Fall richtig verstehe, keine Entscheidung über die Rechtsverbindlichkeit der Auslobung als solcher. Wenn ein öffentlich auftretender Gymnast 10 M. für den ausbietet, der ihn im Ringen überwindet und wenn auf Grund davon Jemand auftritt, um mit dem Gymnasten zu ringen und Letzterer sich darauf einläßt, so liegt nicht mehr eine bloße Auslobung vor, sondern ein Vertrag, der dadurch zum Abschluß gelangt ist, daß der Gymnast sich auf das Erbieten der anderen Person eingelassen hat. Es kommt hier für die Entscheidung gar nicht mehr darauf an, ob die Auslobung für sich allein rechtsverbindlich ist oder nicht.

Bedenken gegen die von den meisten Schriftstellern angenommene Rechtsverbindlichkeit der Auslobung in mir hervorruft.

Nimmt man die rechtliche Verbindlichkeit der Auslobung an, so fragt es sich ferner, ob eine Klage auf Schadensersatz gegen den Auslober im Fall der Zurücknahme der Auslobung für begründet erachtet werden kann.

Als Gegenstand einer etwaigen Schadensersatzklage kann man nicht das Interesse ansehen, welches derjenige, der auf Grund der Auslobung bereits thätig gewesen ist, daran gehabt hätte, daß die Auslobung nicht zurückgenommen wäre. Wenn man annehmen muß, daß der Auslober ein Recht hat, die Auslobung wieder zurückzunehmen, so kann man darin, daß er von diesem, ihm zustehenden Rechte Gebrauch macht, nicht ein, zum Schadensersatz verpflichtendes Verschulden finden [14]). Ueberdies würde die Klage, wenn sie auf die angegebene Weise zu begründen wäre, nicht auf Ersatz der Auslagen ꝛc., die auch ohne die Zurücknahme der Auslobung verloren gewesen wären, sondern nur auf Zahlung der ausgelobten Prämie gerichtet werden können und den Beweis voraussetzen, daß der Kläger, falls die Auslobung nicht zurückgenommen wäre, durch seine Thätigkeit den Erfolg, für welchen die Prämie ausgelobt worden ist, erreicht haben würde.

Als Gegenstand der Klage kann nur angesehen werden entweder das negative Interesse, d. h. das Interesse, welches der Kläger daran gehabt hätte, daß die Auslobung überhaupt nicht erfolgt wäre, oder Ersatz der von ihm in Folge der Auslobung aufgewendeten Kosten. Beides wird gerade hier häufig auf dasselbe Resultat hinauskommen; doch ist dies nicht nothwendig der Fall. Eine gesonderte Betrachtung ist um so mehr erforderlich, als der Berechnung des negativen Interesses und der Berechnung des Auslagenersatzes ein wesentlich verschiedenes Princip zu Grunde liegt.

Ein Anspruch auf das negative Interesse hat, da die bloße culpa nach den Quellen nicht als causa obligationis betrachtet werden kann, einen dolus des Auslobers zur nothwendigen Voraussetzung. Ein solcher Anspruch ist unzweifelhaft begründet, wenn der Auslober schon bei der Auslobung die Absicht hatte, dieselbe alsbald wieder zurückzunehmen und solchergestalt diejenigen anzuführen, welche auf den Leim gehen würden. Die in diesem Fall

14) Vgl. das oben (S. 133) in Betreff der Offerte Bemerkte, besonders Anm. 3.

zulässige actio doli gründet sich auf die in dem Verhalten des Auslobers enthaltene dolose Verleitung zur Aufwendung von Kosten rc. und eben deshalb kommt für die Durchführung der Klage Nichts darauf an, ob die Aufwendung der Kosten rc., falls die Auslobung nicht zurückgenommen wäre, einen Erfolg gehabt haben würde oder nicht. Das allein Entscheidende ist vielmehr, daß die Kosten ohne das dolose Verhalten des Auslobers nicht aufgewendet worden wären; der Auslober ist verpflichtet, den Gegner in die Lage zu versetzen, in welcher derselbe ohne das dolose Verhalten des Auslobers sich befunden haben würde. — Außerdem ist die actio doli auch dann für begründet zu halten, wenn der Auslober zur Zeit der Zurücknahme der Auslobung eine Kenntniß von der, auf Grund der Auslobung stattgehabten Thätigkeit eines Anderen gehabt hat und nun auf Grund dessen, was durch den Kostenaufwand des Anderen bereits erreicht worden ist, selbst das Ziel der Auslobung erreichen zu können glaubt [15]).

Weiter zu gehen und die actio doli noch in anderen Fällen zuzulassen, ist man meiner Ueberzeugung nach nicht berechtigt. Um so wichtiger ist die Frage, ob nicht von dem Gesichtspunkt aus, welcher den Bestimmungen über das Mandat zu Grunde liegt, eine Klage, zwar nicht auf das negative Interesse, wohl aber auf Erstattung der aufgewendeten Kosten gegen den die Auslobung zurücknehmenden Auslober für zulässig zu erachten sei.

Wenn man die Auslobung überhaupt für rechtsverbindlich hält, so wird man meiner Meinung nach nicht umhin können, die Frage zu bejahen; insonderheit wird der Auslober alsdann, da er selbst den Ersatz fordernden Kläger zu seinem Handeln inducirt hat, nicht mit dem Einwande gehört werden können, daß der Kläger den Schaden seiner eigenen Sorglosigkeit zuzuschreiben habe, da er es versäumt habe, sich vorher durch einen Vertrag für den Fall des Erfolges seiner Thätigkeit sicher zu stellen [16]). In dem zur Frage

15) Dieser Fall ist demjenigen analog, auf welchen L. 16. §. 1. D. de praescr. verb. (19. 5) und L. 34. D. de dolo (4. 3) sich beziehen; für den die Auslobung Zurücknehmenden handelt es sich darum, unentgeltlich die Früchte einer Arbeit zu genießen, zu deren Vornahme er die betreffende Person durch das Versprechen einer Belohnung veranlaßt hat. Vgl. Anm. 3.

16) Vgl. Ihering S. 105, der freilich bei der Begründung der Klage von einem anderen Gesichtspunkt ausgeht. — Ob es übrigens der im Leben herr-

stehenden Fall ist es aber klar, daß der Kläger nie mehr verlangen kann, als was er gehabt haben würde, wenn die Auslobung nicht zurückgenommen wäre. Er muß also mit dem Anspruch auf Ersatz zurückgewiesen werden, wenn der Auslober beweist, daß die Thätigkeit des Klägers, auch wenn die Auslobung nicht zurückgenommen wäre, erfolglos gewesen sein würde [17]). Außerdem kann der Kläger selbstverständlich den Ersatz solcher Kosten nicht verlangen, welche in einer dem Zwecke nicht entsprechenden Weise aufgewendet worden sind. Für derartige Aufwendungen kann der Auslober nicht verantwortlich gemacht werden; vielmehr hat der Kläger hier seiner eigenen culpa es zuzuschreiben, daß er einen Nachtheil erleidet.

---

schenden Auffassung entspricht, einen Ersatzanspruch in so weitem Umfange zuzulassen, ist mir einigermaßen zweifelhaft.

17) Vgl. Ihering S. 105 fg. und Windscheid, Pandekten §. 309. Anm. 5, die jedoch den im Text aufgestellten Satz in einer anderen Weise begründen. Der gegen die im Text angenommene Beweislast erhobene Einwand, daß nach den allgemeinen Regeln über die Beweislast der Kläger, welcher einen Schadensersatz fordert, den Beweis des erlittenen Schadens zu führen hat, während hier dem Beklagten der Beweis auferlegt wird, daß Kläger keinen Schaden erlitten habe, erledigt sich von selbst, wenn man die Ersatzklage in der Weise begründet, wie dies im Text geschehen ist. Dagegen wird der Einwand meiner Ansicht nach nicht zu widerlegen sein, wenn man bei der Begründung der Klage von einem anderen Gesichtspunkte ausgeht.

Anhänge.

I. Ueber die Ansprüche, welche durch den dolus eines der Contrahenten bei Abschließung eines Kaufcontracts für den Mitcontrahenten begründet werden.

II. Ueber die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus.

Anhang I.

Ueber die Ansprüche, welche durch den dolus eines der Contrahenten bei Abschließung eines Kaufcontracts für den Mitcontrahenten begründet werden.

§. 1.

Ansprüche des Käufers wegen dolus des Verkäufers. — Voraussetzungen derselben.

Im §. 11 (S. 76) ist die Frage, welche nachtheiligen Folgen der dolus in contrahendo bei onerosen Verträgen hat, um den Zusammenhang nicht zu sehr zu unterbrechen, einer besonderen Erörterung vorbehalten. Da es aber zu weit führen würde, wenn ich hier jeden einzelnen onerosen Vertrag in den Kreis der Erörterung ziehen wollte, so werde ich mich auf den Kaufcontract beschränken, da dies der wichtigste dieser Verträge und zugleich derjenige ist, welcher in den Quellen am ausführlichsten behandelt worden ist.

Zunächst fasse ich den dolus des Verkäufers ins Auge und werde hier einestheils auf die Voraussetzungen der durch diesen dolus begründeten Ansprüche [1]), anderentheils auf den Gegenstand derselben näher einzugehen haben.

Voraussetzung in der Person des Beklagten ist der dolus. Zum dolus in der hier in Rede stehenden Anwendung

---

1) Die Ansprüche können unter Umständen auch in der Form einer Einrede geltend gemacht werden; die Voraussetzungen sind in diesem Fall dieselben und deshalb habe ich in der nachstehenden Erörterung nur die Geltendmachung durch Klage vor Augen. Demgemäß ist unter dem Beklagten der Verkäufer zu verstehen, welcher sich des dolus schuldig gemacht hat, unter dem Kläger der getäuschte Käufer.

wird eine absichtliche Entstellung der Wahrheit erfordert, möge diese nun in dem wissentlichen Vorbringen unwahrer Behauptungen oder in dem wissentlichen Verschweigen des wahren Sachverhaltes bestehen [2]). Es fragt sich aber, welcher Art die Umstände sein müssen, die wissentlich verschwiegen oder wissentlich falsch angegeben sind, und welche Absicht dem wissentlichen Verschweigen oder wissentlich falschen Vorbringen zu Grunde gelegen haben muß.

Betrachten wir zunächst die Fälle des wissentlichen Verschweigens, so versteht es sich von selbst, daß man die Contrahenten nicht für verpflichtet halten kann, ihren Mitcontrahenten auch solche Umstände mitzutheilen, die ihrer Ansicht nach von keinem Einfluß auf deren Entscheidung sein können. Aber auch die wirklich erheblichen und von ihnen als erheblich erkannten Umstände brauchen die Contrahenten nicht ohne Ausnahme ihren Mitcontrahenten mitzutheilen. Man kann nicht jedes wissentliche Verschweigen eines Umstandes, der den Mitcontrahenten möglicher oder auch wahrscheinlicher Weise von der Abschließung des Contracts abgehalten haben würde, als dolus bezeichnen. Der verheimlichte Umstand muß nicht nur erheblich, sondern auch ein solcher Umstand sein, rücksichtlich dessen der Mitcontrahent Offenheit zu erwarten berechtigt war.

Die Frage, inwieweit der eine Contrahent von dem anderen Offenheit zu erwarten berechtigt ist, entscheidet sich nach der Natur der Sache und namentlich nach den im Verkehr herrschenden Ansichten. Feste Regeln lassen sich hier nicht aufstellen. So viel steht aber fest, daß der Käufer berechtigt ist, Offenheit von dem Verkäufer zu erwarten, wenn es sich um einen Umstand handelt, der auf die rechtliche Gültigkeit des Geschäfts influirt, oder wenn es sich um Mängel des verkauften Gegenstandes oder des Rechts an demselben handelt. Ebenso wird der Verkäufer zu einer Mittheilung verpflichtet sein, wenn er weiß, daß der Käufer irrthümlich der Sache eine besondere Eigenschaft beilegt, und daß er darauf ein entscheidendes Gewicht legt. Dagegen kann man, um ein Beispiel anzuführen, darin einen dolus nicht finden, daß ein Kaufmann, der früher, als Andere, von dem Eintreten einer wichtigen Conjunctur Nachricht erhalten hat, einen Kaufcontract abschließt, ohne dem Mit-

2) Vgl. z. B. L. 35. §. 8. D. de contrah. emt. (18. 1). L. 11. §. 5. D. de act. emt. (19. 1). L. 4. §. 4. D. de aed. ed. (21. 1). L. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2): „dolum ejus, qui sciens reticuerit“.

contrahenten eine Mittheilung zu machen. Mit Recht wird angenommen, daß der Kaufmann die erlangte Kunde, möge er sie nun seinen besonderen Verbindungen oder seiner größeren Vigilanz verdanken, zu seinem Vortheil benutzen darf [3]).

Wie nicht in jedem wissentlichen Verschweigen ein dolus gefunden werden kann, so auch nicht in jedem wissentlichen Vorbringen einer Unwahrheit. Es kommt hier namentlich darauf an, den eine Verpflichtung begründenden dolus und das allgemeine Anpreisen, welches keine Verpflichtung begründet, von einander zu scheiden. Eine haarscharfe Gränze läßt sich hier nicht ziehen. Besonders wird es aber in Betracht kommen, ob der Verkäufer nur ein allgemeines Urtheil über die Güte, den Werth, die Ertragsfähigkeit der Sache u. s. w. ausspricht, oder ob er dem Käufer gegenüber besondere Thatsachen anführt, welche den Werth der Sache erhöhen. Ferner wird man ein nicht verpflichtendes Anpreisen auch dann annehmen müssen, wenn die Aussprüche des Verkäufers über die Sache sich auf Eigenschaften derselben beziehen, die offen zu Tage liegen und über die also auch der Käufer schon durch die äußere Besichtigung ein Urtheil gewinnen kann, oder wenn der Verkäufer sich über Vortheile äußert, die sich für den Käufer in Folge von Thatsachen, die noch in der Zukunft liegen, ergeben würden [4]).

---

3) Vgl. auch Seuffert, Archiv VIII. 41 — eine Entscheidung des Lübecker O.-A.-G.'s, die allerdings auf einen Fall sich bezieht, in welchem es sich darum handelte, ob ein dolus des Käufers anzunehmen sei.

4) Vgl. L. 19. pr. §. 1. D. de aed. ed. (21. 1). L. 43. pr. D. de contrah. emt. (18. 1). L. 37. D. de dolo (4. 3). Wenn Ulpian in dem zweiten Satz der L. 37. cit. darauf Gewicht legt, ob der Verkäufer „decipiendi emtoris causa" seine Empfehlung der Sache vorgebracht hat, so ist dagegen zu bemerken, daß ein dolus in contrahendo ohne die Absicht, zu täuschen, überhaupt unmöglich ist, und ferner, daß einer jeden Anpreisung, auch der allgemeinsten, die Absicht zu Grunde liegt, auf die Meinung des Käufers über den Werth der Sache zu influiren. Meines Erachtens kann man den zweiten Satz der L. 37. cit. nur auf solche Fälle beziehen, wo die Empfehlung über das bloß allgemeine Anpreisen hinausgegangen ist. Die Art, wie Ulpian sich ausdrückt, ist aber allerdings so, daß sie leicht zu einem Mißverständniß führen kann. Wenn das R.-O.-H.-G. (Seuffert XXIX. 16) unter Berufung auf L. 37. cit. bemerkt, daß auch allgemeine Anpreisungen, wenn sie geeignet sind, eine Täuschung des Käufers herbeizuführen, als ein von dem Verkäufer zu vertretender dolus erscheinen können, so kann ich dies nicht für richtig halten. Meiner Meinung nach kann eine Anpreisung, so lange sie sich ganz allgemein hält, rechtlich nicht als geeignet gelten, eine Täuschung des Käufers herbeizuführen.

Gehen wir jetzt zu der Frage über, welche Absicht dem wissentlichen Verschweigen oder dem wissentlich falschen Vorbringen zu Grunde gelegen haben muß, damit ein dolus in contrahendo angenommen werden kann, so ist es klar, daß von einem solchen dolus nur dann die Rede sein kann, wenn der Täuschende den Willen gehabt hat, durch die Entstellung oder Unterdrückung der Wahrheit zu bewirken, daß der Mitcontrahent überhaupt oder in der von dem Täuschenden gewünschten Weise den Contract abschließe. Dieser Wille involvirt mit Nothwendigkeit die Absicht der Täuschung. Ein dolus in contrahendo ohne diese Absicht ist eine contradictio in adjecto [5]); eine andere Frage ist es aber, ob dem Kläger in allen Fällen ein besonderer Beweis darüber aufzulegen ist, daß der Beklagte die Absicht, zu täuschen, gehabt habe.

Daß der Beklagte den von ihm verschwiegenen Umstand gekannt hat, bezw. mit der Unwahrheit des von ihm Behaupteten bekannt gewesen ist, muß von dem Kläger immer bewiesen werden. Ferner kann kein Zweifel darüber obwalten, daß es an sich dem Kläger obliegt, die auf Seiten des Beklagten vorhanden gewesene Absicht, zu täuschen, zu beweisen; jedoch wird es in der letzteren Beziehung eines besonderen Beweises im Allgemeinen nicht bedürfen. Wenn von dem Verkäufer bei Abschließung des Contracts wissentlich falsche Behauptungen aufgestellt sind, so liegt eben damit regelmäßig auch die Absicht, zu täuschen, vor, indem ein solches Verhalten nicht wohl einen anderen Zweck haben kann. Etwas anders verhält es sich allerdings bei dem wissentlichen Verschweigen. Wenn aber der wissentlich verschwiegene Umstand als ein Umstand betrachtet werden muß, der nicht bloß für den bestimmten Käufer, sondern im Zweifel für einen jeden Käufer erheblich ist, so muß man davon ausgehen, daß die Erheblichkeit des Umstandes auch dem Verkäufer bekannt gewesen, daß er sich dessen bewußt gewesen sei, daß der fragliche Umstand auf die Entschließung des Käufers von Einfluß sein werde. War der Verkäufer aber dessen sich bewußt, so muß man auch annehmen, daß er die Absicht gehabt hat, den wirklichen Sachverhalt dem Käufer zu verheimlichen,

---

5) Dagegen ist es, damit ein dolus in contrahendo angenommen werde, nicht nöthig, daß besondere betrügliche Veranstaltungen stattgefunden haben. Vgl. Seuffert, Archiv XXIX. 16.

ihn darüber zu täuschen, und kann demgemäß dem Kläger nicht noch einen Beweis über diese Thatsache auflegen.

Möglich bleibt es freilich, daß die eben erwähnte Annahme unrichtig ist. Der Verkäufer kann geglaubt haben, daß der Käufer mit dem fraglichen Umstande bekannt sei und daß es deshalb einer Mittheilung nicht bedürfe. Alsdann würde eine absichtliche Verheimlichung nicht vorliegen. Meiner Meinung nach wird es aber in diesem Fall dem Verkäufer obliegen, die Gründe darzulegen, welche ihn zu der Ansicht veranlaßt haben, daß der Käufer den wirklichen Sachverhalt bereits kenne [6]). Ferner ist es möglich, daß der Verkäufer die Bedeutung des von ihm verschwiegenen Umstandes nicht erkannt und bloß aus diesem Grunde es unterlassen hat, denselben mitzutheilen. Auch hier wird es aber Sache des Verkäufers sein, die näheren Angaben zu machen und zu beweisen.

Für diese Ansicht sprechen zunächst die inneren Gründe. Die Absicht, zu täuschen, läßt sich als eine innere, der sinnlichen Wahrnehmung sich entziehende Thatsache nicht direct beweisen. Bei allen inneren Thatsachen kommt es darauf an, ob die Umstände der Art sind, daß sie nach allen Regeln, welche Vernunft und Erfahrung an die Hand geben, einen Schluß auf das Vorhandensein der in Frage stehenden Thatsache rechtfertigen. Ist dies der Fall, so muß man die Thatsache als bewiesen ansehen, wenn gleich, wie bei jedem Beweis, die Möglichkeit des Gegentheils nicht ausgeschlossen ist. Das Letztere kommt freilich in Betracht, aber nur in der Weise, daß dem Beweisgegner der Gegenbeweis nicht abgeschnitten werden darf.

Die aufgestellte Ansicht dürfte überdies auch den Quellen entsprechen, wenn gleich directe Quellenzeugnisse für dieselbe nicht aufgeführt werden können. Die römischen Juristen hätten das wissentliche Verschweigen nicht so ausschließlich, wie sie dies vielfach gethan

---

6) Hat der Verkäufer bloß nicht gewußt, ob der Umstand, um den es sich handelt, dem Käufer bekannt sei, so ist sein Verschweigen nicht entschuldigt. Er hat hier eventuell d. h. für den Fall, daß der Käufer den Sachverhalt nicht kannte, die Absicht gehabt, denselben zu verheimlichen. In den, im Seuffert'schen Archiv XI. 221. und XXX. 130. mitgetheilten Entscheidungen wird geradezu das Wissen des Beklagten von dem Irrthum des Klägers als zur Klagebegründung erforderlich angenommen; meiner Meinung nach kann dies nicht schlechthin verlangt werden.

haben, als Voraussetzung des Anspruchs hervorheben können, wenn sie nicht von dieser Ansicht ausgegangen wären [7]).

Wenn der verschwiegene Umstand zwar für den Käufer eine wesentliche Bedeutung gehabt hat, im Allgemeinen aber nicht als so erheblich betrachtet werden kann, so kann man aus dem wissentlichen Verschweigen nicht ohne Weiteres einen Schluß auf den dolus ziehen. Hier wird dem Verkäufer bewiesen werden müssen, daß er mit der Bedeutung, welche der fragliche Umstand für den Käufer gehabt hat, bekannt gewesen sei. Eine Bedeutung kann der verschwiegene Umstand aber für den Käufer nur gehabt haben, wenn er sich in einem Irrthum darüber befunden hat [8]).

Außer der Absicht, zu täuschen, wird von Einigen noch die Absicht, den getäuschten Mitcontrahenten zu benachtheiligen, für erforderlich gehalten [9]).

Diese Meinung beruht darauf, daß man die Klage, welche dem getäuschten Käufer zusteht, als eine gewöhnliche Entschädigungsklage aufgefaßt hat, während die actio doli, die hier durch die Contractsklage vertreten wird, wesentlich eine Restitutionsklage ist.

Das, worauf es allein ankommt, ist, daß der Verkäufer durch seinen dolus den Käufer dazu verleitet hat, den Vertrag überhaupt oder doch in der Weise, wie es geschehen ist, abzuschließen. Liegt dies vor, so ist der Verkäufer auch verpflichtet, den Käufer in die Lage zu versetzen, in welcher er ohne das dolose Verhalten des Verkäufers sich befunden haben würde.

Wie zur Begründung der Klage nicht erforderlich ist, daß das Vermögen des Käufers durch die Abschließung des Kaufcontracts eine Schädigung erlitten hat, so kann auch die Absicht, den Käufer zu benachtheiligen, nicht als Voraussetzung der Klage angesehen werden. Der Verkäufer wird in manchen Fällen den Wunsch oder gar die Ueberzeugung haben, daß der Käufer durch das Geschäft keinen Schaden erleiden werde; dies kann ihn aber, wenn er doloser Weise den Käufer zur Abschließung des Vertrages verleitet hat, nicht gegen die Klage schützen.

---

7) Vgl. z. B. L. 13. pr. §. 3. L. 21. §. 1. L. 45. §. 1. i. f. D. de act. emti. (19. 1). L. 4. §. 4. D. de aed. ed. (21. 1).

8) Auf einen Fall dieser Art bezieht sich L. 11. §. 5. D. de act. emti (19. 1).

9) So von Goldschmidt, der Lucca-Pistoja-Actien-Streit S. 79 fg. und in einem Erkenntniß des R.-O.-H.-G.'s. Seuffert, Archiv XXX. 130.

Wenn z. B. Jemand wissentlich eine fremde Sache verkauft, indem er den Käufer über die Eigenthumsverhältnisse täuscht, so wird er regelmäßig nicht die Absicht haben, den Käufer in Schaden zu bringen, vielmehr wird er schon in seinem eigenen Interesse dringend wünschen, daß der Käufer keinen Schaden leide, daß der Eigenthümer die Sache nicht evinciren möge. Dessenungeachtet ist die Klage auf Rescission des Vertrages hier begründet.

Es können ferner Fälle vorkommen, wo Jemand durch absichtliche Täuschung einen Anderen zur Abschließung eines Contracts veranlaßt, der Preis aber so niedrig ist, daß der Verkäufer die Ueberzeugung haben kann und auch hat, daß der Käufer keinen Schaden erleiden werde, daß vielmehr der Kauf trotz der stattgehabten Täuschung für den Käufer vortheilhaft sei. Und doch kann auch hier je nach den Umständen auf Rescission des Vertrages oder auf Herabsetzung des Preises geklagt werden. Dies gilt, wie wir unten sehen werden, selbst dann, wenn der spätere Erfolg gezeigt hat, daß das Geschäft für den Käufer vortheilhaft gewesen ist.

Ueberdies ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß die Klage auf Rescission auch dann zulässig ist, wenn nur ein Affectionsinteresse verletzt ist.

Wenden wir uns jetzt zu den Voraussetzungen in der Person des Klägers, so ist das Erste, was hier gefordert werden muß, daß er den wahren Sachverhalt nicht gekannt hat. Wenn derselbe ihm bekannt gewesen ist, kann von einer Täuschung und von einem Einfluß, den die Entstellung der Wahrheit auf seine Entschließung gehabt hat, nicht die Rede sein [10]). Es fragt sich aber, welcher der Parteien in der zur Frage stehenden Beziehung der Beweis aufzulegen ist.

Daß das Vorhandengewesensein einer Täuschung zum Klaggrund gehört, läßt sich nicht wohl bestreiten; dennoch wird meiner Meinung nach im Allgemeinen der Beklagte, wenn er die Behauptung aufstellt, daß der Kläger den wirklichen Sachverhalt gekannt habe, dies zu beweisen haben.

---

10) L. 1. §. 1. D. de act. emti (19. 1): „non videtur esse celatus, qui scit, neque certiorari debuit, qui non ignoravit". Vgl. auch z. B. L. 57. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1). L. 4. pr. L. 30. §. 1. D. de act. emt. (19. 1).

Wenn es vorliegt, daß der Beklagte bei Abschließung des Vertrages wissentlich falsche Behauptungen aufgestellt hat, welche geeignet waren, den Kläger zur Abschließung des Geschäfts zu veranlassen, während man nach den Regeln einer vernünftigen Wahrscheinlichkeit annehmen muß, daß der Kläger das Geschäft, wenn er den Sachverhalt gekannt hätte, gar nicht oder wenigstens nicht so, wie geschehen, abgeschlossen haben würde, so muß man annehmen, daß der Kläger den wahren Sachverhalt nicht gekannt habe; man kann daher auch dem Kläger nicht noch einen Beweis über diese Thatsache auflegen. Dasselbe wird gelten müssen, wenn es vorliegt, daß der Beklagte bei der Abschließung des Geschäfts wissentlich Umstände verschwiegen hat, zu deren Mittheilung er verbunden war und deren Kenntniß nach den Regeln einer vernünftigen Wahrscheinlichkeit den Kläger von der Abschließung des Geschäfts (überhaupt oder in der Weise, wie dieselbe erfolgt ist) abgehalten haben würde. Wenn der Beklagte in solchen Fällen behauptet, daß der Kläger dennoch den wahren Sachverhalt gekannt habe, also durch das Verhalten des Beklagten nicht getäuscht worden sei, so muß meiner Meinung nach der Letztere dies beweisen.

Für die Begründung dieser Ansicht kann ich mich auf das oben (S. 147) Bemerkte berufen. Was dort mit Beziehung auf den Beweis der Absicht, zu täuschen, bemerkt ist, findet auch hier Anwendung, wo es sich um das Wissen oder Nichtwissen des Klägers handelt [11].

---

11) Darauf, daß den ädilitischen Klagen gegenüber die Behauptung des Verkäufers, der Käufer sei mit dem Mangel bekannt gewesen, als eine exceptio bezeichnet wird (L. 48. §. 4. D. de aed. ed. (21. 1), kann man sich nicht unmittelbar berufen, weil durch das Edict dem Verkäufer schlechthin und ohne Beschränkung die Verpflichtung zur Anzeige der Mängel auferlegt ist und demnach zur Begründung der ädilitischen Klagen nur gehört, daß die eben erwähnte Vorschrift nicht beachtet worden ist. Sofern der Käufer nicht eine ädilitische Klage anstellt, sondern auf Grund eines dolus des Verkäufers mit der actio emti einen über den Gegenstand der ädilitischen Klagen hinausgehenden Anspruch erhebt, wird man die Behauptung des Verkäufers, daß der Käufer den wirklichen Sachverhalt gekannt habe, wohl nicht, wie dies in dem von Goldschmidt (Lucca-Pistoja-Actien-Streit Beil. XIV.) mitgetheilten Erkenntniß des Lübecker O.-A.-G.'s geschieht, als eine eigentliche „Einrede" bezeichnen können. — Die Entscheidungen in Seuffert, Archiv XI. 221. u. XXX. 130, sowie Goldschmidt a. a. O. S. 76 stimmen mit der im Text aufgestellten Ansicht insofern überein, als sie die Unbekanntschaft des Käufers mit dem wirklichen Sachverhalte als zum Klagegrund gehörig betrachten; ob sie aber in eben so weitem Umfange, wie ich,

Anders gestaltet sich die Sache, wenn es sich um das wissentliche Verschweigen eines Umstandes handelt, der für den Kläger seiner Behauptung nach von wesentlicher Bedeutung gewesen ist, dem aber im Allgemeinen eine wesentliche Bedeutung nicht beigelegt werden kann. In diesem Fall muß, wie oben bemerkt worden, der Kläger beweisen, daß der Beklagte damit bekannt gewesen sei, daß der fragliche Umstand eine solche Bedeutung für ihn (den Kläger) gehabt habe. Wenn hier der Beklagte behauptet, daß der Kläger den wahren Sachverhalt gekannt habe, so liegt darin eine Verneinung der von dem Kläger zu beweisenden Behauptung, da der von dem Beklagten verschwiegene Umstand nur dann eine wesentliche Bedeutung für den Kläger gehabt haben kann, wenn er mit demselben unbekannt gewesen ist.

Die Klage wegen dolus in contrahendo ist übrigens nicht bloß dann zurückzuweisen, wenn der Kläger den wahren Sachverhalt gekannt hat, sondern auch dann, wenn er nach Lage der Verhältnisse denselben kennen mußte. Zwar finden wir keine Stelle, welche dies geradezu ausspricht; die aufgestellte Ansicht findet aber eine sehr erhebliche Unterstützung in der L. 43. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1). Dieselbe lautet so allgemein, daß man keinen Grund hat, sie auf Fälle zu beschränken, wo dem Verkäufer in Betreff der von ihm gemachten Zusagen kein dolus zur Last fällt. Und nicht nur dies; der ganze Zusammenhang läßt es kaum als möglich erscheinen, die Fälle des dolus auszuschließen [12]). Es kommt aber

---

diese Unbekanntschaft des Käufers als aus den Umständen sich ergebend und deshalb eines Beweises nicht mehr bedürftig ansehen, ist mir nicht unzweifelhaft.

12) Derselben Ansicht ist Goldschmidt a. a. O. S. 72. — Dagegen hat das Obertribunal zu Stuttgart in einem Erkenntniß (Seuffert XIII. 86) sich für die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen, indem es sich darauf beruft, daß die subjective Unrechtlichkeit des Betrügers den Grund für die dem Betrogenen gewährte Hülfe bilde, daß aber die Unrechtlichkeit des Betrügers durch die Unachtsamkeit des Betrogenen weder aufgehoben noch gemindert werde. Diese Deduction scheint mir aber nicht beweisend zu sein. Wenn auch, wie ich dies gleichfalls annehme, in der subjectiven Unrechtlichkeit des Betrügers der eigentliche Grund für die dem Betrogenen gewährte Rechtshülfe liegt, so bildet doch diese Unrechtlichkeit nicht die alleinige Voraussetzung für das Recht des Gegners auf Entschädigung. Es muß eine Täuschung hinzugekommen sein und nun fragt es sich, ob die Römer in den Fällen, wo der Sachverhalt so offen zu Tage lag, daß ein Irrthum ohne die gröbste Unachtsamkeit nicht möglich war, eine Täuschung als möglich annahmen oder ob sie nicht vielmehr jede Erörterung darüber mit der Bemerkung abschnitten, daß der Betreffende nach Lage der Verhältnisse den

allerdings darauf an, daß, wie es in L. 43. §. 1. cit. heißt, „ita in promptu res sit, ut eam emtor non ignoraverit“, oder, was offenbar der Sinn ist, non ignorare potuerit.

Eine fernere Voraussetzung des Anspruchs besteht darin, daß der Kläger durch den, von dem Gegner in ihm hervorgerufenen oder erhaltenen Irrthum veranlaßt ist, den Vertrag abzuschließen, sei es überhaupt oder in der Weise, wie Solches geschehen ist. Nach den allgemeinen Regeln über die Beweislast muß der Kläger diesen Causalzusammenhang beweisen; in sehr vielen Fällen wird es aber auch hier einer besonderen Beweisauflage nicht bedürfen, nämlich in denjenigen Fällen, in denen nach allen Regeln einer vernünftigen Wahrscheinlichkeit angenommen werden muß, daß der Kläger, wenn er den wahren Sachverhalt gekannt hätte, das Geschäft gar nicht oder doch nicht in solcher Weise, wie er es gethan, abgeschlossen haben würde. Siehe darüber auch den folgenden Paragraph.

Endlich wird von Einigen noch eine Benachtheiligung des Klägers gefordert. Ich halte dieses, wie aus dem oben Angeführten bereits hervorgeht, nicht für richtig; da ich jedoch in dem folgenden Paragraph auf diese Frage näher werde eingehen müssen, so kann ich hier die Erörterung derselben übergehen.

§. 2.

Ansprüche des Käufers wegen dolus des Verkäufers. — Klage auf Rescission des Vertrages.

Der Umstand, daß die Römer in den Fällen des dolus in contrahendo statt der actio doli oder einer dieselbe vertretenden actio in factum, sofern der abgeschlossene Vertrag zu den bonae fidei Contracten gehörte, die Contractsklage gaben, ist, wie wir oben (S. 9 Anm. 7) gesehen haben, in mehrfacher Beziehung von

wirklichen Sachverhalt habe kennen müssen. Wollte man das ausschließliche Gewicht auf die Unrechtlichkeit des Betrügers legen, so könnte man eine Klage gegen ihn auch dann zulassen, wenn der Mitcontrahent den wahren Sachverhalt gekannt hat, dies aber dem Betrüger unbekannt gewesen ist; denn in der That wird die Unrechtlichkeit des Betrügers auch dadurch nicht aufgehoben oder gemindert.

praktischer Bedeutung gewesen. Derselbe hat die Folge gehabt, daß die Verurtheilung keine Infamie nach sich zog und daß in Betreff der Vererblichkeit und Verjährung die für Contractsklagen geltenden Bestimmungen zur Anwendung kamen. Im Uebrigen ist daran festzuhalten, daß die Contractsklage hier die actio doli vertritt. Der Gegenstand der Klage ist demnach im Allgemeinen derselbe, wie der Gegenstand der actio doli [1]). Der Beklagte ist schuldig, den Kläger in die Lage zu versetzen, in welcher derselbe gewesen sein würde, wenn die Täuschung nicht stattgefunden hätte. Dies ist das Princip, welches zu Grunde zu legen ist. Die Folgen, welche sich daraus ergeben, gestalten sich aber je nach der Verschiedenheit der Fälle verschieden und zwar ist es in dieser Beziehung zunächst von Bedeutung, ob der Vertrag, zu dessen Abschließung der Kläger verleitet worden, nichtig oder ob derselbe an sich gültig ist.

In Betreff der Fälle, in welchen der (äußerlich) abgeschlossene Vertrag nichtig ist, bedarf es nur weniger Bemerkungen. Daß in diesen Fällen nicht auf das Erfüllungsinteresse, sondern nur auf das negative Interesse geklagt werden kann, versteht sich von selbst, und ebenso, daß der Kläger die Größe seines Interesses beweisen muß.

Die Frage, welche sonst von Bedeutung werden kann, ob der dolus des Beklagten den Kläger zur Abschließung des Vertrages überhaupt oder nur dazu veranlaßt hat, den Vertrag so abzuschließen, wie es geschehen ist, hat hier keine Bedeutung. Hat die Täuschung, wie das die Regel bilden wird, sich auf den Umstand bezogen, welcher das Zustandekommen der Obligation gehindert hat, so ist es von vorneherein als selbstverständlich anzunehmen, daß der Kläger, wenn er nicht getäuscht wäre, sich auf die Abschließung des Vertrages nicht eingelassen hätte. Ein vernünftiger Mensch läßt sich nicht auf Geschäfte ein, von welchen er weiß, daß sie doch nicht zu Stande kommen können. Wenn die betrügliche Täuschung sich nicht auf den (beiden Theilen unbekannt gewesenen) Umstand bezogen hat, welcher das Zustandekommen der Obligation gehindert hat, son-

---

1) Wenn ich im Text die Worte: „im Allgemeinen" eingeschaltet habe, so hat dies darin seinen Grund, daß für den Fall der Gültigkeit des Vertrages unter Umständen Modificationen eintreten, die sich nur daraus erklären lassen, daß man statt der actio doli die Contractsklage gab. Vgl. unten §. 4.

dern auf einen anderen Umstand, so könnte es an sich allerdings in Frage kommen, ob nicht vielleicht der Kläger durch die Täuschung nur dazu veranlaßt wäre, den Vertrag so, wie geschehen, z. B. zu einem so hohen Preise abzuschließen. Die Erörterung dieser Frage hat aber keine praktische Bedeutung, weil der Vertrag nichtig ist und deshalb von einer bloßen Abänderung der Bestimmungen des Vertrages nicht die Rede sein kann.

Im Nachfolgenden werde ich mich auf die Erörterung der Fälle beschränken, in welchen der abgeschlossene Vertrag an sich gültig ist.

Im Allgemeinen kann man hier nur sagen: der Käufer würde, wenn er den wahren Sachverhalt gekannt hätte, den Vertrag entweder gar nicht oder doch nicht in der Weise, wie er das gethan hat, z. B. nicht zu einem so hohen Preise, abgeschlossen haben. Je nachdem das Eine oder das Andere der Fall gewesen ist, wird die Klage nach dem oben aufgestellten Princip auf Rescission des Vertrages oder auf eine Abänderung der Bestimmungen desselben zu richten sein. Wir betrachten zunächst die Klage auf Rescission des Vertrages.

Was den Gegenstand dieser Klage betrifft, so wird in den Quellen allerdings nur von der Aufhebung des Vertrages und der daraus von selbst sich ergebenden Verpflichtung des Verkäufers, den Kaufpreis zurückzuzahlen, gesprochen. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß der Kläger seinen Anspruch nicht darauf zu beschränken braucht, daß er vielmehr das ganze negative Interesse in Anspruch nehmen kann. Dies ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über die Folgen des dolus. Dafür kann man sich überdies auf L. 13. pr. D. de act. emti (19. 1) berufen, die freilich nicht von der Rescissionsklage handelt, sowie namentlich auf die Bestimmungen über die aedilitische actio redhibitoria, bei der der Kläger, obgleich die Klage keinen dolus, ja nicht einmal eine culpa voraussetzt, doch nicht auf bloße Rückforderung des bezahlten Kaufpreises (nebst Zinsen) beschränkt ist, sondern auch das sonstige Interesse fordern kann. Freilich tritt in letzterer Beziehung für die actio redhibitoria die sehr wesentliche Beschränkung ein, daß dem Verkäufer das Recht vorbehalten wird, von dem Anspruch auf das sonstige Interesse durch den Verzicht auf Wiedererlangung der verkauften Sache sich zu befreien; dies ist aber ein Recht, welches bei unserer Klage wegen des dolus des Verkäufers nach

Analogie der Bestimmungen über die noxae datio in Wegfall kommen muß.

Die Klage auf Rescission ist nicht in allen Fällen eines dolus in contrahendo zulässig; zur Begründung der Klage gehört, daß, um im Anschluß an die Ausdrucksweise in L. 7. pr. D. de dolo (4. 3) zu sprechen, der Käufer in hoc ipso, ut emeret, circumscriptus sit[2]). Der Strenge nach müßte also der Kläger den Beweis führen, daß er den Vertrag nicht abgeschlossen haben würde, wenn er nicht über den wahren Sachverhalt vom Beklagten getäuscht wäre. In den Quellen ist jedoch, wo von der Rescissionsklage gehandelt wird, von einem solchen Beweis nicht die Rede und in der That würde man auch den Käufer in der äußersten Weise gefährden, wenn man die Rescission des Vertrages unter allen Umständen von einem derartigen Beweise abhängig machen wollte. Die richtige Ansicht ist die, daß es keines Beweises bedarf, wenn der Umstand, auf welchen die Täuschung sich bezogen hat, so erheblich ist, daß man nach den Regeln einer vernünftigen Wahrscheinlichkeit annehmen muß, der Käufer würde den Vertrag nicht abgeschlossen haben, wenn ihm der wahre Sachverhalt bekannt gewesen wäre. Nur dann wird dem Käufer ein Beweis aufzulegen sein, wenn der zur Frage stehende Umstand an sich nicht als in diesem Maße erheblich betrachtet werden kann, der Käufer aber behauptet, daß derselbe für ihn speciell eine so entscheidende Bedeutung gehabt habe[3]).

Die aufgestellte Ansicht entspricht nicht allein dem praktischen Bedürfniß; sie findet überdies eine wesentliche Unterstützung in den Grundsätzen, welche das römische Recht über die Wirkungen der sogleich vorhandenen theilweisen Unmöglichkeit aufstellt, und namentlich in den Bestimmungen über die ädilitische actio redhibitoria. Sowie dem Käufer in den Fällen einer sogleich vorhandenen theilweisen Unmöglichkeit das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, selbst wenn der Verkäufer nicht eines dolus sich schuldig gemacht hat, in einem ziemlich weiten Umfange eingeräumt wird, ohne daß

2) Vgl. auch Seuffert II. 167. XXVII. Nr. 111.

3) Der Beweis wird sich im Allgemeinen darauf beschränken, daß der Kläger die Bedeutung, welche der Umstand für ihn gehabt hat, beweist; daraus wird sich dann regelmäßig zugleich ergeben, ob die Bedeutung eine solche ist, daß anzunehmen ist, die Kenntniß des wahren Sachverhalts würde ihn von der Abschließung des Vertrages ganz abgehalten haben.

ein Beweis der zur Frage stehenden Art von ihm verlangt wird[4]), so bedarf es auch zur Durchführung der actio redhibitoria keines besonderen Beweises darüber, daß der Käufer, falls er den Fehler gekannt hätte, den Kaufcontract nicht abgeschlossen haben würde. Besonders wichtig ist die zuletzt angeführte Bestimmung. Unmittelbar ergiebt sich daraus, daß der Käufer wegen eines in betrüglicher Weise verheimlichten ädilitischen Fehlers immer die Klage auf Rescission des Vertrages und das negative Interesse anstellen kann, ohne daß es des Beweises bedarf, daß er den Vertrag im Fall einer Kenntniß des wahren Sachverhalts nicht abgeschlossen haben würde. Die Consequenz erfordert aber, dabei nicht stehen zu bleiben, sondern ein Gleiches anzunehmen, wenn Umstände von ähnlicher Erheblichkeit betrüglicher Weise verheimlicht sind. Für den Fall eines der Wahrheit nicht entsprechenden dictum promissum ist die ädilitische actio redhibitoria immer zulässig, hier also im Fall des dolus auch die Klage auf Rescission, mit der wir es hier zu thun haben. Eines Beweises der oben bezeichneten Art bedarf es in dem Fall eines betrüglichen dictum promissum überall nicht.

Außerdem ist von Goldschmidt noch ein Zweifaches als Requisit der Klage auf Rescission aufgestellt worden, nämlich die Benachtheiligung des Klägers und daß der dolos verheimlichte, beziehungsweise vorgespiegelte Umstand die Ursache des eingetretenen Schadens gewesen sei[5]). Das Eine wie das Andere halte ich für unrichtig.

Die Klage auf Rescission erscheint freilich in sehr vielen, ja in den meisten Fällen als eine reine Schadensersatzklage. Der Kläger will den durch Abschließung des Contracts erlittenen Schaden ersetzt haben und diesen Schadensersatz erlangt er dadurch, daß er in die Lage versetzt wird, in der er gewesen sein würde, wenn der Vertrag gar nicht abgeschlossen wäre. Aber es ist eine einseitige Auffassung, wenn man die Klage bloß als eine gewöhnliche Schadensersatzklage ansieht.

Die Klage auf Rescission wegen dolus ist eine Restitutionsklage; sie beruht auf dem Gesichtspunkt, daß der Betrug eine Einwirkung auf den Willen eines Anderen enthält, die durchaus nicht geduldet werden kann. Eben deshalb ist die Klage auch dann zuzu-

---

4) Vgl. L. 57. pr. D. de contrah. emt. (18. 1).

5) Goldschmidt a. a. O. S. 37 fg.

lassen, wenn nur ein Affectionsinteresse auf Seiten des Käufers verletzt ist, — ebenso wie in diesem Fall auch die in integrum restitutio und das interdictum quod vi aut clam zugelassen werden [6]). So kann es z. B. nicht zweifelhaft sein, daß der Käufer, der zum Ankauf eines Ringes durch die betrügliche Vorspiegelung, daß derselbe seinem Vater gehört habe, verleitet worden ist, auf Rescission des Vertrages klagen kann, wenngleich der bezahlte Preis an sich nicht zu hoch war.

Aber auch abgesehen von den Fällen, in welchen ein Affectionsinteresse den Käufer zur Abschließung des Vertrages veranlaßt hat, ist es zur Begründung der Rescissionsklage nicht nöthig, daß die Abschließung des Vertrages eine Verminderung des Vermögens des Klägers zur Folge gehabt hat. Es handelt sich nicht darum, ob der Kauf in Wahrheit unvortheilhaft gewesen ist, sondern darum, ob der Käufer durch den dolus des Verkäufers zur Abschließung des Vertrages veranlaßt worden ist, ihn ohne die Täuschung also nicht abgeschlossen haben würde.

Die Klage auf Rescission setzt insonderheit nicht voraus, daß die Abschließung des Contracts schon einen positiven Schaden für den Käufer herbeigeführt hat; dieselbe ist unzweifelhaft auch dann zulässig, wenn nur die Gefahr eines solchen Schadens droht. So kann z. B., wenn eine fremde Sache betrüglich verkauft ist, der Käufer ohne Zweifel sofort auf Rescission des Vertrages klagen [7]). Nur dann ist allerdings die Rescissionsklage auszuschließen, wenn die Durchführung dieser Klage gar kein Interesse (auch kein Affectionsinteresse) für den Käufer haben **kann**.

Die fernere Behauptung, daß der betrüglich verheimlichte, bezw.

---

6) Vgl. L. 35. D. de minor. (4. 4) und L. 16. §. 1. D. quod vi (43. 24) und dazu **meine** Beiträge, Abth. II. S. 127 u. 129 fg.

7) Man könnte sagen, in diesem Fall sei ein Schaden schon eingetreten, weil der Käufer nicht, wie er doch erwarten durfte, das Eigenthum erhalten habe. Aber dies ist, wie ich dafür halte, nicht die Auffassung der Römer. — Anders verhält es sich, wenn ein Fehler der Sache verheimlicht, eine werthvolle Eigenschaft, welche die Sache nicht hat, vorgespiegelt ist. Hier ist ein Nachtheil sofort eingetreten; denn wenn auch der Mangel noch keine besonderen ferneren Nachtheile zur Folge gehabt hat, so ist doch der Werth der Sache wegen des Mangels schon geringer. Darum ist freilich noch nicht zu sagen, daß der Kauf an sich unvortheilhaft gewesen ist, indem der Preis möglicherweise trotz der irrthümlichen Ansicht des Käufers nicht zu hoch gewesen ist.

vorgespiegelte Umstand die Ursache des eingetretenen Schadens gewesen sein müsse, gründet sich darauf, daß zwischen der zum Ersatz verpflichtenden Thatsache und dem eingetretenen Schaden ein Causalzusammenhang bestehen müsse. Goldschmidt geht davon aus, daß die dolose Verheimlichung, bezw. Vorspiegelung die zum Ersatz verpflichtende Thatsache sei, und gelangt so zu der erwähnten Ansicht. In Wahrheit steht die Sache aber anders. Die dolose Verheimlichung oder Vorspiegelung begründet für sich allein weder einen Anspruch auf Schadensersatz, noch irgend einen anderen Anspruch für den Getäuschten. Damit ein Anspruch begründet werde, muß etwas hinzukommen, und das ist für den Anspruch, um den es sich hier handelt, die Abschließung des Vertrages. Die Thatsache, welche den Anspruch für den Getäuschten begründet und die man, wenn man die Klage auf Rescission als eine Schadensersatzklage auffaßt, als die zum Ersatz verpflichtende Thatsache ansehen muß, ist die dolose Verleitung zur Abschließung des Vertrages. Es muß also jedenfalls genügen, wenn die Abschließung des Kaufcontracts den Schaden für den Käufer zur Folge gehabt hat, und es kann nicht darauf ankommen, ob dieser Schaden in dem dolos verheimlichten oder vorgespiegelten Umstande seinen Grund gehabt hat oder nicht.

Dies folgt aus allgemeinen Gründen und wird überdies durch die L. 21. pr. D. de evict. (21. 2) bestätigt. In dem Fall dieser Stelle hat Jemand einen fremden Sclaven verkauft, welcher gestorben ist, ehe eine Eviction stattgefunden hat. Hier kann, wie Ulpian entscheidet, wegen Eviction nicht geklagt werden, weil eine Eviction nicht stattgefunden hat; dagegen kann wegen dolus geklagt werden, „si dolus intercesserit“. Ulpian sagt freilich nicht, an welchen dolus er hier denkt; aber dem Zusammenhange nach kann er nur an eine dolose Verheimlichung des Umstandes denken, daß der Sclave dem Verkäufer nicht gehörte. Ist dies aber, wie man annehmen muß, der Fall, so steht der Schaden, der den Käufer getroffen hat, in keiner Verbindung mit dem dolos verheimlichten Umstande; denn es ist nicht abzusehen, wie der Umstand, daß der Sclave einem Anderen, als dem Verkäufer gehörte, auf dessen Tod influirt haben sollte. Und dennoch giebt Ulpian eine Klage auf Rescission des Vertrages. Denn nur darauf kann die Klage gehen. Von einer Klage auf das Erfüllungsinteresse, d. h. auf das Interesse, welches der Käufer daran gehabt hätte, daß er Eigenthümer des

Sclaven geworden wäre [8]), kann hier selbstverständlich nicht die Rede sein, weil ein solches Interesse nicht existirt. Der Käufer würde um Nichts reicher gewesen sein, als er jetzt ist, wenn der Verkäufer auch das Eigenthum an dem Sclaven auf ihn übertragen hätte [9]).

Die aufgestellte Ansicht wird überdies unterstützt durch mehrere auf die aedilitische actio redhibitoria sich beziehenden Entscheidungen, aus welchen hervorgeht, daß diese Klage durch den später erfolgten Tod des gekauften Sclaven, einerlei, aus welchem Grunde derselbe erfolgt sein mag, nicht ausgeschlossen wird [10]). Dagegen scheint Paulus in der L. 26. D. de evict. (21. 2) von einer anderen Ansicht auszugehen, indem er in dem Fall, wo Jemand wissentlich einen fremden Sclaven verkauft und der Käufer denselben freigelassen hat, eine Klage nur auf Grund davon zulassen will, daß der Käufer durch die Freilassung nicht das Patronatrecht über den freigelassenen Sclaven erlangt hat. Es scheint hiernach, als ob Paulus es als nothwendige Voraussetzung der Klage ansieht, daß gerade der dolos verheimlichte Umstand dem Käufer einen Schaden gebracht hat [11]). Wie dem aber auch sein möge, so kann jedenfalls diese Stelle keinen

---

8) „Quanti mea intersit [rem] meam esse factam. L. 30. §. 1. D. de act. emti (19. 1).

9) Daß Ulpian an eine Klage auf das zuletzt erwähnte Interesse nicht gedacht haben kann, geht auch aus dem §. 3 der L. 21. de evict. hervor.

10) Vgl. die in der Anm. 13 citirten Stellen.

11) Ist dies wirklich die Auffassung des Paulus (und ich gestehe, daß ich nichts Anderes aus der Stelle herauslesen kann), so steht dieselbe allerdings mit der Auffassung, welche der L. 21. pr. de evict. (21. 2) zu Grunde liegt, in Widerspruch. Dagegen liegt es nicht mit Bestimmtheit vor, daß die Entscheidung selbst mit der Entscheidung in L. 21. pr. cit. in Widerspruch steht. Paulus äußert sich nämlich nur über den Grund, nicht aber über den Gegenstand des Anspruchs. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Klage, welche Paulus auf Grund der nicht erlangten Vortheile des Patronats dem Käufer giebt, auf Rescission des Vertrages, mithin auf Rückzahlung des Kaufpreises ꝛc. geht. Gegen die Beschränkung der Klage auf den Werth des Patronatrechts kann auch der Umstand angeführt werden, daß derselbe Paulus in L. 5. §. 5. D. de praescr. verb. (19. 5) hiervon sagt: „hoc non potest aestimari". Vgl. hierüber Cohnfeldt, Interesse S. 117 fg. — Siehe jedoch auch L. 45. §. 2. de act. emti (19. 1), sowie ferner die Basiliken (XIX. 11. 24. und 25), welche den Werth des Patronatrechts als Gegenstand der Klage auffassen. Vgl. auch meine Beiträge II. S. 151. Anm. 11.

gegründeten Zweifel gegen das aus den übrigen Stellen gewonnene und durch die inneren Gründe unterstützte Resultat erregen.

Durch die Rescissionsklage soll Alles in die Lage gebracht werden, als ob der Kaufvertrag gar nicht abgeschlossen wäre. Daraus folgt, daß der Käufer seinerseits verpflichtet ist, die gekaufte Sache mit den Nutzungen, die er in der Zwischenzeit gezogen hat, an den Verkäufer herauszugeben; außerdem muß er Ersatz leisten wegen der Nutzungen, die er hätte ziehen können, aber culposer Weise zu ziehen versäumt hat. Es fragt sich aber, ob die Zulässigkeit der Rescissionsklage dadurch bedingt ist, daß der Käufer noch im Stande ist, das Kaufobject zurückzugeben.

Die Entscheidungen in den Quellen, welche sich auf die Rescissionsklage wegen dolus beziehen, reichen zur Beantwortung dieser Frage nicht aus; die Benutzung der auf die aedilitische actio redhibitoria sich beziehenden Stellen ist jedoch unbedenklich, indem die auf einen dolus des Beklagten sich gründende Rescissionsklage jedenfalls in demselben Umfange zugelassen werden muß, wie die actio redhibitoria, die überall kein Verschulden des Beklagten voraussetzt.

Legen wir nun die letzteren Stellen zu Grunde, so ist die Klage nicht bloß dann noch zulässig, wenn der Käufer ohne seine Schuld außer Stand gesetzt ist, das Kaufobject zurückzugeben [12]), sondern sie ist selbst dann nicht ohne Weiteres ausgeschlossen, wenn das Kaufobject durch ein Verschulden des Käufers deteriorirt oder untergegangen ist; der Käufer kann jedoch in dem letzteren Fall nur dann die Zurückzahlung des Preises und die Erstattung des sonstigen Interesses verlangen, wenn er seinerseits dem Verkäufer das Interesse prästirt, welches dieser daran hat, das Kaufobject in unversehrtem Zustande zurück zu erhalten [13]). Hat der Käufer sich

---

12) Dies wird auch für die Rescissionsklage wegen dolus ausdrücklich bestätigt durch L. 21. pr. D. de evict. (21. 2).

13) Vgl. L. 23. pr. L. 25. L. 31. §§. 9. 11. 12. D. de aed. ed. (21. 1) Die Schlußworte der L. 31. §. 9. D. de aed. ed.: „impediunturque redhibere" können, wie auch aus den §§. 11 und 12 derselben Stelle hervorgeht, nicht so verstanden werden, als ob sie mit dem aufgestellten Satze in Widerspruch ständen. Ulpian setzt vielmehr in der L. 31. §. 9. cit. voraus, daß auch in dem dort erwähnten Fall, in welchem der Käufer mit Hinterlassung mehrerer Erben gestorben und die gekaufte Sache durch dolus oder culpa eines der Erben deteriorirt ist, die actio redhibitoria zulässig ist. Dies geht aus den Worten: „et hoc solutum est" hervor, indem diese Worte sich nur auf die Zahlung der Entschä-

freiwillig der Sache entäußert, so ist die Rescissionsklage selbstverständlich ausgeschlossen, wenn in der Handlung, durch welche der Käufer sich der Sache entäußert hat, ein Verzicht auf das Recht, die Aufhebung des Vertrages zu verlangen, gefunden werden muß [14]). Abgesehen von diesem Fall ist die Rescissionsklage nur auf solange ausgeschlossen, als der Käufer sich nicht in der Lage befindet, die Sache zurückgeben zu können; kommt der Käufer wieder in die Lage, so kann er auch auf Rescission klagen [15]). Ueberdies kann der Käufer, wenn der Verkäufer ihm wissentlich eine fremde Sache verkauft hat, unter Umständen, auch ohne daß er sich in der Lage befindet, die von ihm weiter begebene Sache zurückgeben zu können, auf Rescission des Vertrages klagen [16]).

---

digungssumme an den Verkäufer beziehen können, diese aber nur im Fall der Redhibition erforderlich sein kann. Die Schlußworte der Stelle: „ceteri familiae herciscundae judicium adversus eum (qui culpa vel dolo fecit rem deteriorem) habent, quia propter ipsum damnum sentiunt impediunturque redhibere" sind darauf zu beziehen, daß die anderen Erben durch das Verhalten ihres Miterben verhindert sind, mit dem Erfolg, wie sie es sonst gekonnt hätten, d. h. ohne Zahlung der Entschädigungssumme, zu redhibiren. In ähnlicher Weise wird man auch L. 47. §. 1. L. 48. pr. D. de aed. ed. (21. 1) mit den obigen Stellen zu vereinigen haben. — Dem Fall der Verschlechterung der Sache steht der Fall gleich, wo der Käufer dingliche Lasten auf die Sache gelegt hat. In diesem Fall muß er die Lasten ablösen oder Ersatz dafür geben. L. 21. §. 1. L. 43. §. 8. D. de aed. ed. (21. 1). Windscheid, Pandekten §. 394. Anm. 5. — Die citirten Stellen regen zugleich die Frage an, ob man auch die Bestimmung des ädilitischen Rechts, daß der Käufer unbedingt für die culpa seiner Untergebenen und Procuratoren haftet, falls der Schaden ohne Abschließung des Kaufcontracts die Sache nicht betroffen haben würde, auf unsere Rescissionsklage ausdehnen darf. Ich halte dies für bedenklich. Der actio redhibitoria gegenüber lag es nahe, in derartiger Weise die Haftung des Käufers zu verschärfen, da diese Klage auch dann zulässig ist, wenn dem Verkäufer kein Verschulden zur Last gelegt werden kann. Dagegen dürfte bei unserer Klage, die einen dolus des Verkäufers voraussetzt, kein Grund vorliegen, in Betreff des Käufers über die allgemeinen Regeln, welche über die Haftung für die culpa anderer Personen gelten, hinauszugehen.

14) So namentlich, wenn der Käufer nach erlangter Kunde von der Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache dieselbe weiter verkauft hat. Seuffert, Archiv II. 24, 170. V. 269. XVI. 106.

15) Vgl. L. 43. §. 8. D. de aed. ed. (21. 1). Windscheid, Pandekten §. 394. Anm. 12a.

16) Wenn der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft hat, kann der Käufer, der bona fide die Sache verschenkt hat, meiner Meinung nach ohne Zweifel die Rescissionsklage anstellen, wenn die Sache von dem Eigenthümer

§. 3.

Ansprüche des Käufers wegen dolus des Verkäufers. Klage auf Abänderung der Bestimmungen des Vertrages.

Wenn anzunehmen ist, daß der dolus des Verkäufers nur auf die Art und Weise, wie der Vertrag abgeschlossen ist, eingewirkt hat, indem der Käufer, auch wenn er nicht getäuscht wäre, die Sache gekauft haben würde, nur nicht unter den Bedingungen, wie sie in dem wirklich geschlossenen Vertrage verabredet worden sind, so kann der Käufer nicht die Rescission des ganzen Vertrages, sondern als Hauptgegenstand seiner Forderung nur die Abänderung der Bestimmungen des Vertrages, auf deren Feststellung das dolose Verhalten des Gegners influirt hat, verlangen [1]).

Es kann sich hier um sehr verschiedene Bestimmungen handeln und daher wird auch der Gegenstand, auf den die Klage sich richtet, in dem einen Fall ein anderer sein, als in dem anderen. Der gewöhnliche Fall ist der, daß der Käufer nicht zu einem so hohen Preise gekauft haben würde, wenn er nicht über den wahren Sachverhalt getäuscht wäre, und auf diesen Fall werde ich mich in der nachfolgenden Erörterung um so eher beschränken können, als die Fälle, welche sonst noch vorkommen können, im Allgemeinen keine Schwierigkeit bieten.

Die Klage geht in dem erwähnten Fall hauptsächlich auf Herabsetzung des Kaufpreises. Dieselbe setzt selbstverständlich voraus, daß der verheimlichte oder vorgespiegelte Umstand ein Umstand ist, der

---

evincirt ist; und ein Gleiches wird für den Fall des Untergangs der Sache anzunehmen sein. Auch bedarf es in diesen Fällen selbstverständlich nicht einer Wiedererlangung der Sache von Seiten des Käufers, um die Rescissionsklage anstellen zu können. — Wenn die Sache noch nicht evincirt ist, wird der Käufer, um die Rescissionsklage anstellen zu können, sich meiner Meinung nach die Möglichkeit verschaffen müssen, die Sache zurückzugeben. Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen über die Rescissionsklage; auch würde sonst das Resultat sich ergeben, daß der Verkäufer den Kaufpreis zurückgeben müßte und dann hinterher noch als fictus possessor vom Eigenthümer belangt werden könnte. — Dieselben Grundsätze werden anzunehmen sein, wenn der Käufer die gekaufte fremde Sache verkauft hat. Daß der Käufer, falls die Sache bei dem, dem er sie verkauft hat, untergegangen ist, im Fall der Rescission den erlangten Kaufpreis, der an die Stelle der Sache getreten ist, zurückgeben muß, versteht sich von selbst und eben so sehr, daß die Rescissionsklage ausgeschlossen ist, wenn dieser Preis so hoch ist, daß jedes Interesse an der Rescission für den Käufer wegfällt.

1) Vgl. Seuffert, Archiv II. 167.

auf den Vermögenswerth der Sache von Einfluß ist, sei es im Allgemeinen, sei es speciell für den Käufer [2]). Handelt es sich um ein bloßes Affectionsinteresse des Käufers, so kann wohl eine Rescissionsklage zulässig sein, nicht aber eine Klage auf Minderung des Preises. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß das Vermögen des Käufers durch die Abschließung des Vertrages verringert ist. Auch wenn der Preis, zu dessen Zusage der Käufer durch die betrügliche Täuschung von Seiten des Verkäufers veranlaßt worden ist, den wahren Werth der Sache nicht übersteigt, kann die Preisminderungsklage angestellt werden. Das, worauf es ankommt, ist, daß der Käufer nicht zu einem so hohen Preise die Sache gekauft haben würde, wenn er nicht getäuscht wäre.

Die Preisminderung erfolgt ganz nach denselben Grundsätzen, wie bei der ädilitischen actio quanto minoris. Es ist durch Schätzung festzustellen, um wie viel Procent der wahre Werth, den die Sache für jeden Käufer, bezw. für das Vermögen des bestimmten Käufers hat, dadurch sich mindert, daß der verheimlichte Umstand in Wahrheit vorhanden, der fälschlich vorgespiegelte nicht vorhanden ist. Nach diesem Procentsatz wird der bedungene Preis herabgesetzt [3]).

Die Preisminderung nimmt für die hier in Frage stehende Klage ganz dieselbe Stellung ein, wie die Rückgabe des Kaufpreises für die Rescissionsklage. Und wie die Rescissionsklage nicht auf Restitution des Kaufpreises sich beschränkt, so kann der Käufer auch, wenn er auf Preisminderung klagt, daneben noch ein ferneres Interesse in Anspruch nehmen, wenn er in Folge der betrüglichen Täuschung außer dem Schaden, daß er die Sache theurer gekauft hat, als er es sonst gethan haben würde, noch einen anderweitigen Schaden erlitten hat [4]).

---

2) Der letztere Werth kann jedoch nur dann in Betracht kommen, wenn der Verkäufer davon gewußt hat; sonst fehlt es in dieser Beziehung an dem zur Begründung der Klage erforderlichen dolus.

3) Vgl. Windscheid, Pandekten §. 394. Anm. 1.

4) Die actio emti geht hier also weiter, als die ädilitische Preisminderungsklage, die sich immer auf Herabsetzung des Kaufpreises beschränkt, aber freilich auch keinen dolus des Verkäufers voraussetzt. — Consequent wäre es wohl gewesen, auch die ädilitische Preisminderungsklage auf das sonstige Interesse zu erstrecken und nur dem Verkäufer das Recht einzuräumen, statt dessen den ganzen Preis zurückzugeben und auf Rücknahme der Sache zu verzichten, also den Erfolg, der sonst auf Grund der actio redhibitoria eintritt, herbeizuführen. Eine solche

Das Letztere wird im Allgemeinen nicht genügend beachtet und deshalb dürfte es nicht überflüssig sein, dasselbe durch ein Beispiel zu erläutern, welches ich den Quellen entnehmen will.

Der Verkäufer hat betrüglicher Weise schadhaftes Baumaterial verkauft; der Käufer hat dieses zum Bau eines Hauses verwendet, welches in Folge der Schadhaftigkeit des verwendeten Materials eingestürzt ist. Hier stellt sich die Sache folgendermaßen. Wenn der Käufer die Beschaffenheit des Baumaterials gekannt hätte, würde er dasselbe entweder gar nicht oder doch nur zu einem geringeren Preise gekauft haben; aber auch im letzteren Fall würde er, wie man annehmen muß, den durch den Einsturz des Hauses entstandenen Schaden nicht erlitten haben, indem er das gedachte Baumaterial, wenn er dessen Beschaffenheit gekannt hätte, nicht in dieser Weise verwendet haben würde. Der Käufer hat hier also in Folge der Täuschung außer dem Schaden, daß er sich zur Zahlung eines höheren Kaufpreises verpflichtet hat, noch einen ferneren Schaden erlitten, der ihm von dem dolosen Verkäufer gleichfalls ersetzt werden muß [5]).

Die Klage auf Herabsetzung des Preises ꝛc. wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Sache später Veränderungen erlitten hat oder untergegangen ist. Eben so wenig wird sie dadurch ausgeschlossen, daß der Käufer sich freiwillig der Sache entäußert hat, sei es auch zu einem so hohen Preise, daß das Geschäft in seinem Erfolg dem Käufer Vortheil gebracht hat. Mit der Anerkennung

---

Ausdehnung der ädilitischen Preisminderungsklage hat aber nicht stattgefunden und in der That lag auch ein Bedürfniß dazu nicht vor, da dem Käufer die völlig freie Wahl zwischen der actio quanto minoris und der actio redhibitoria gegeben ist.

5) Auf diese Weise läßt sich die L. 13. pr. §. 1. D. de act. emti (19. 1) verstehen, ohne daß man, wie es regelmäßig und auch von mir in meinen Beiträgen (Abth. I. S. 198. Anm. 8) geschehen ist, die im §. 1. vorkommenden Worte: „quanti emtoris interfuit non decipi“ auf das Erfüllungsinteresse zu beziehen braucht. In der angegebenen Beziehung stimme ich mit Cohnfeldt, Interesse S. 175 fg. überein; ebenso stimme ich ihm darin bei, daß man die Worte: „quod interfuit idonee venisse“ nicht auf die gehörige Beschaffenheit der Sache zu beziehen braucht, sondern eben so wohl auf das gehörige redliche Verhalten des Verkäufers beim Abschluß des Geschäfts beziehen kann, so daß sie also nur einen anderen Ausdruck für das: quanti emtoris interfuit non decipi enthalten. Im Uebrigen kann ich den Ausführungen von Cohnfeldt über die L. 13. pr. cit. nicht überall mich anschließen.

der Gültigkeit des Geschäfts, wie sie in solchen Dispositionen liegt, tritt der Käufer nicht in Widerspruch, wenn er die hier zur Frage stehende Klage anstellt; der schließliche Erfolg des Geschäfts aber kann nur für die Frage von Bedeutung werden, ob etwa noch ein ferneres Interesse vom Käufer gefordert werden kann, nicht aber für die Frage nach der Preisminderung. Diejenige Folge des Betrugs, um welche es sich bei der Preisminderung handelt, daß nämlich der Käufer durch die Täuschung veranlaßt worden ist, einen höheren Preis zu zahlen, als wozu er sonst sich verstanden haben würde, wird dadurch, daß das Geschäft in seinem schließlichen Erfolg Vortheil gebracht hat, nicht aufgehoben [6]). Wäre der Käufer nicht getäuscht worden, so würde er zu einem geringeren Preise gekauft und einen noch größeren Vortheil gehabt haben.

In vielen Fällen steht dem Käufer die Wahl zwischen der Rescissionsklage und der Klage auf Herabsetzung des Preises frei. Wenn auch anzunehmen ist, daß er den Vertrag im Fall einer Kenntniß des wahren Sachverhalts nicht abgeschlossen haben würde, steht es ihm doch, falls die Voraussetzungen einer Preisminderungsklage vorliegen, frei, die letztere Klage zu wählen. Der Verkäufer kann sich nicht beschweren, wenn der Käufer diese Klage der weiter gehenden Rescissionsklage vorzieht. Eben so wenig kann der Verkäufer der Klage auf Herabsetzung des Kaufpreises den Einwand, daß er zu einem so niedrigen Preise nicht verkauft haben würde, entgegensetzen und auf Grund davon die gänzliche Aufhebung des Vertrages verlangen. Ein solcher Einwand steht dem Verkäufer nicht einmal zu, wenn der Käufer statt der ädilitischen actio redhibitoria die actio quanto minoris wählt [7]), viel weniger also in den Fällen, wo er sich eines dolus schuldig gemacht hat.

---

6) Dies ist neuerdings noch anerkannt vom R.-O.-H.-G. Seuffert, Archiv XXXIII. Nr. 116. — Wie sich mit der im Text aufgestellten Ansicht der von Paulus in L. 47. pr. D. de aed. ed. (21. 1) gebilligte Ausspruch des Labeo, daß dem Käufer, falls er den gekauften Sclaven freigelassen hat, auch die actio quanto minoris zu versagen sei, vereinigen läßt, vermag ich nicht zu sagen. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Käufer nicht auch in diesem Fall auf Preisminderung sollte klagen können, wenn er in Folge seines Irrthums einen höhern Preis zugesagt hat, als wozu er sonst sich verstanden haben würde. Auf das Resultat kann übrigens die L. 47. pr. cit. keinen Einfluß üben.

7) Dies wird jetzt mit Recht allgemein angenommen, obgleich freilich Paulus in den rec. sent. II. tit. 17. §. 6. anderer Meinung gewesen zu sein scheint.

§. 4.

Ansprüche des Käufers wegen dolus des Verkäufers. Klage auf das Erfüllungsinteresse.

Die bisher erwähnten Klagen beruhen darauf, daß der Käufer verlangen kann, in die Lage versetzt zu werden, in welcher er sich befunden haben würde, wenn er nicht bei Abschließung des Vertrages vom Verkäufer betrüglich getäuscht wäre. Es fragt sich jetzt noch, ob es dem Käufer nicht frei steht, in den Fällen, in welchen der Vertrag an sich gültig ist, statt des negativen Interesses das Erfüllungsinteresse in Anspruch zu nehmen, d. h. das Interesse, welches er daran hat, daß die Sache sich so verhalten hätte, wie der Verkäufer ihn betrüglicher Weise hat glauben lassen.

In manchen Fällen wird die Klage auf das Erfüllungsinteresse zu keinem wesentlich anderen Resultat führen, als die Klage auf Herabsetzung des Kaufpreises. So namentlich oft in den Fällen, in welchen der bedungene Kaufpreis dem Werth entspricht, den die Sache gehabt haben würde, wenn sie so beschaffen gewesen wäre, wie der Käufer in Folge der stattgehabten Täuschung angenommen hat. Anders verhält es sich, wenn der bedungene Kaufpreis niedriger war. Hier führt die Schätzung, welche bei dem Erfüllungsinteresse zur Anwendung kommt, dahin, daß der Käufer die Differenz zwischen dem wahren Werth, den die Sache mit der vorgespiegelten Eigenschaft rc. gehabt haben würde, und dem wahren Werth, den sie gegenwärtig hat, verlangen kann, einen Betrag, der in diesem Fall den Betrag, zu welchem eine verhältnißmäßige Kürzung führen würde, übersteigt [1]). Außerdem wird bei der Berechnung des Erfüllungsinteresses unter Umständen ein lucrum cessans in Betracht kommen können, welches bei der Klage auf Herabsetzung des Kaufpreises nicht hätte berücksichtigt werden können. Es ist möglich, daß der Käufer, falls die Sache sich so verhalten hätte, wie ihm vor-

---

1) Nehmen wir an, daß eine Sache, die in Wahrheit nur 20 werth ist, die aber 40 werth sein würde, wenn sie so beschaffen gewesen wäre, wie der Käufer in Folge des dolus des Verkäufers angenommen hat, für 30 verkauft ist, so würde die verhältnißmäßige Kürzung des Preises nur auf einen Betrag von 15 führen, während, wenn das Erfüllungsinteresse zu zahlen ist, 20 gezahlt werden müssen.

gespiegelt ist, Vortheile durch das Kaufobject erlangt hätte, die ihm jetzt entgangen sind [2]).

Aus dem Grundsatz, daß der dolus zur Erstattung des dadurch herbeigeführten Schadens bezw. zur Beseitigung der Folgen des dolosen Verhaltens verpflichtet, läßt sich ein Recht auf das Erfüllungsinteresse nicht ableiten. Denn der dolus des Verkäufers ist nicht Schuld daran, daß der Sachverhalt anders gewesen ist, als der Käufer in Folge der betrüglichen Täuschung angenommen hat, sondern nur daran, daß der Käufer den wahren Sachverhalt nicht erkannt hat. Der Sachverhalt würde auch ohne den dolus des Verkäufers kein anderer gewesen sein. Wenn die Römer dennoch, wie ich in meinen Beiträgen (Abth. I. S. 167 u. S. 198 Anm. 8) angenommen habe und wie ich noch jetzt annehme, eine Klage auf das Erfüllungsinteresse zugelassen haben, so läßt sich dies wohl nur daraus erklären, daß sie statt einer actio doli oder in factum die Contractsklage gaben; — und es geht daraus zugleich hervor, wie sehr die römischen Juristen die Erwirkung der Erfüllung als die eigentliche Function der Contractsklage angesehen haben [3]).

Von den Stellen, auf welche ich mich früher berufen habe, kann freilich, wie ich jetzt annehme (s. S. 164 Anm. 5) die eine, die L. 13. pr. §. 1. D. de act. emti (19. 1) nicht als beweisend anerkannt werden. Dagegen findet sich der erwähnte Satz in der

---

2) Unter Umständen wird der Käufer ein solches lucrum cessans auch als negatives Interesse in Anspruch nehmen können, indem er, falls ihm die betrüglichen Vorspiegelungen nicht gemacht wären, eine andere Sache gekauft haben würde, welche ihm die fraglichen Vortheile gewährt hätte. Aber einestheils trifft das Letztere nicht überall zu, anderntheils wird der in dieser Beziehung erforderliche Beweis nur überaus selten geführt werden können.

3) Inwieweit in dem Obigen eine irgend genügende Erklärung für die Entstehung des zur Frage stehenden Satzes liegt, lasse ich dahingestellt sein. Aus inneren Gründen weiß ich ihn nicht zu erklären. Der letzteren Meinung scheint auch G. Hartmann, die Obligation S. 184 zu sein, der in diesem Satze ein besonders energisches Reagiren des ethischen Elements im Recht gegen den dolus findet. Vgl. auch Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 29. — Daß das Recht des betrogenen Contrahenten, das Erfüllungsinteresse zu verlangen, nur für onerose Verträge anerkannt werden kann, dürfte aus dem oben über die Schenkung Bemerkten hervorgehen; die Zeugnisse, welche wir in den Quellen finden, beziehen sich auf den Kaufcontract und können meiner Meinung nach nicht auf die Fälle, in welchen es sich um einen rein lucrativen Erwerb handelt, ausgedehnt werden.

L. 57. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1) ausgesprochen. In dieser Stelle sagt Paulus:

„Sin autem venditor quidem sciebat domum esse exustam, emtor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit; si vero quantacunque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emtori quod interest restituere“.

Die Schlußworte auf ein negatives Interesse, welches der Verkäufer zu leisten hätte, zu beziehen, geht schon nach dem Zusammenhange, in welchem die fraglichen Worte hier stehen, nicht wohl an. Die Art und Weise, wie die Gültigkeit des Vertrages und zwar die Gültigkeit schlechthin (nicht etwa eine bloß theilweise Gültigkeit) und die Verpflichtung zur Leistung des Interesses mit einander zusammengestellt werden, läßt den Gedanken an ein bloß negatives Interesse nicht aufkommen. Die Worte: „stare venditionem“ verlieren jede prägnante Bedeutung, wenn man die nachfolgenden Worte nicht auf das Erfüllungsinteresse, sondern auf das negative Interesse bezieht.

Der innere Zusammenhang der Worte des §. 1 führt schon dahin, die Verpflichtung, von der am Schluß die Rede ist, als eine Verpflichtung zur Leistung des Erfüllungsinteresses anzusehen, welche sich darauf gründet, daß die venditio ihrem ganzen Umfange nach als gültig betrachtet wird, der Verkäufer also verpflichtet ist, das Haus als ein unversehrtes zu leisten. Daß diese Erklärung richtig ist, dürfte sich aber in noch höherem Grade ergeben, wenn man den §. 2 der L. 57. cit. ins Auge faßt. In diesem §. heißt es:

„Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emtor quidem sciebat, venditor autem ignorabat, et hic enim oportet, et venditionem stare et omne pretium ab emtore venditori, si non depensum est, solvi, vel, si solutum sit, non repeti“.

Die in dieser Stelle enthaltene Entscheidung wird in den Anfangsworten derselben (simili modo) als eine der vorhergehenden Entscheidung correspondirende bezeichnet und demgemäß schließt sich auch die fernere Ausdrucksweise der Ausdrucksweise im §. 1 an. Auch im §. 2 werden die Worte: venditionem stare gebraucht und zwar können sie hier, wie aus dem Nachfolgenden: „omne pretium ab emtore — — solvi“ hervorgeht, nur die Bedeutung

haben, daß der Vertrag, soweit er sich auf die Verpflichtung des Käufers bezieht, seinem ganzen Umfange nach gültig bleibt. Soll nun die Entscheidung des §. 1 i. f. dieser Entscheidung correspondiren, so können die Worte: „venditionem stare“ im §. 1 nur die Bedeutung haben, daß der Kaufvertrag, soweit er sich auf die von dem Verkäufer übernommene Verpflichtung bezieht, seinem ganzen Umfange nach in Kraft bleibt. Alsdann muß man aber die Schlußworte des §. 1 auf das Erfüllungsinteresse beziehen.

So ist denn die L. 57. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1) eine unzweifelhafte Belegstelle für die aufgestellte Ansicht. Eine Unterstützung findet dieselbe außerdem in der L. 30. §. 1. D. de act. emti (19. 1).

Wenn der Verkäufer betrüglich eine fremde Sache verkauft hat, so braucht nach dieser Stelle der Käufer die Eviction nicht abzuwarten, sondern kann sogleich auf das Erfüllungsinteresse („in id, quanti mea intersit meam esse factam“) klagen.

Da der Verkäufer nach den für den Kaufcontract geltenden Bestimmungen nur zu präſtiren hat, ut rem emtori habere liceat, dies aber, so lange der Käufer die Sache in seiner Gewalt hat, präſtirt ist, so kann die Klage, welche in der L. 30. §. 1. D. cit. gegen den dolosen Verkäufer gegeben wird, nur auf den dolus des Verkäufers (die dolose Verleitung zur Abschließung des Vertrages) gegründet werden, wie dies auch in der Stelle selbst hinreichend deutlich anerkannt wird. Geht man aber davon aus, so hätte die Klage nur auf Rescission des Vertrages und das negative Interesse gehen dürfen. Denn der Betrug des Verkäufers hat nur die Folge gehabt, daß der Käufer überhaupt den Vertrag abgeschlossen hat; das Eigenthum an der gekauften Sache würde der Käufer auch ohne den dolus des Verkäufers nicht erlangt haben. Wenn dennoch wegen des dolus des Verkäufers eine Klage auf das Erfüllungsinteresse (das Interesse, welches der Käufer daran hat, daß er das Eigenthum an der gekauften Sache erlangt hätte) gegeben wird, so ist darin ein Beleg für die oben aufgestellte Ansicht zu finden, daß der dolus des Verkäufers in den Fällen, in welchen der Vertrag an sich gültig ist, den Käufer berechtigt, falls er dies vorzieht, statt des negativen Interesses das Erfüllungsinteresse in Anspruch zu nehmen[4]).

4) Siehe auch Windscheid a. a. O.

§. 5.

Ansprüche des Verkäufers wegen dolus des Käufers.

Im Allgemeinen kann, was die Voraussetzungen der Ansprüche betrifft, welche dem Verkäufer gegen den dolosen Käufer zustehen, auf die Ausführungen im §. 1 verwiesen werden.

Die praktisch überaus wichtige Frage, in wie weit der eine Contrahent von dem anderen Offenheit zu erwarten berechtigt ist, läßt sich auch in Beziehung auf die Verpflichtung des Käufers nicht wohl allgemein beantworten. Auch in Betreff des Käufers muß man sagen, daß er nicht für verpflichtet gehalten werden kann, alle ihm bekannten Umstände mitzutheilen, auch wenn anzunehmen ist, daß die Kenntniß derselben von Einfluß auf die Entschließung des Verkäufers sein würde. So wird namentlich von dem Käufer, der Waaren auf Credit kaufen will, nicht verlangt, daß er, falls er in mißlichen Vermögensverhältnissen sich befindet, dem Verkäufer eine Mittheilung davon mache, obgleich doch in solchem Fall eine Kunde von den Vermögensverhältnissen des Käufers für den Verkäufer von der größten Bedeutung sein würde [1]). Ebenso kann man auch von dem Käufer, der von dem Eintreten einer wichtigen Conjunctur Nachricht erhalten hat, nicht verlangen, daß er dem Verkäufer eine Mittheilung darüber mache.

Außerdem kommt hier namentlich noch in Betracht, daß der Käufer im Allgemeinen zu der Annahme berechtigt ist, daß der Verkäufer mit der Beschaffenheit seiner eigenen Sache bekannt ist. Eben deshalb kann man nicht ohne Weiteres einen dolus des Käufers annehmen, wenn er es unterlassen hat, den Verkäufer bei Abschließung des Vertrages auf die guten Eigenschaften der Sache oder auf die Abwesenheit gewisser Mängel aufmerksam zu machen. Dieser Erwägung muß auch für die Beweisfrage eine Bedeutung beigelegt werden. Wenn es sich um ein doloses Verschweigen des Käufers handelt, wird es meistens nicht genügen können, daß nur das wissentliche Verschweigen von Seiten des Käufers bewiesen wird;

1) Vgl. darüber namentlich die Entscheidung des Lübecker O.-A.-G.'s bei Seuffert, Archiv VIII. 41. Nur dann kann man, wie in diesem Erkenntniß ausgeführt wird, von einem dolus in contrahendo sprechen, wenn der Käufer bei Abschließung des Contracts nicht bloß die Mißlichkeit seiner Vermögensverhältnisse gekannt, sondern auch das Bewußtsein gehabt hat, die versprochenen Zahlungen zur Verfallzeit nicht leisten zu können.

der Verkäufer wird in vielen Fällen zugleich sein eigenes Nichtwissen, sowie die Kunde des Käufers von diesem Nichtwissen darthun müssen.

Aus dem eben Erwähnten ergiebt es sich, daß von einem dolus in contrahendo auf Seiten des Käufers seltener bei betrüglichen Verheimlichungen, als bei betrüglichem Vorbringen unwahrer Behauptungen die Rede ist. In letzterer Beziehung muß aber eine ähnliche Unterscheidung gemacht werden, wie die oben (S. 145) in Betreff des Verkäufers gemachte. Wenn der Käufer nur im Allgemeinen die Sache tadelt und ihren Werth herabzusetzen sucht oder auf die Wahrscheinlichkeit künftiger ungünstiger Conjuncturen hinweist, so kann dies nicht als präjudicirlich betrachtet werden.

Auch hier kommt es ferner nur darauf an, daß der Verkäufer durch den dolus des Käufers zur Abschließung des Vertrages, sei es überhaupt, sei es in der Weise, wie dies geschehen, verleitet worden ist. Eine Benachtheiligung des Verkäufers kann nicht als nothwendige Voraussetzung des Anspruchs desselben gelten; insonderheit muß auch für den betrogenen Verkäufer ein bloßes Affectionsinteresse zur Begründung einer Klage auf Rescission des Vertrages genügen (Beispiel: Verleitung zum Verkauf einer von den Vorfahren herrührenden Sache, welche der Verkäufer sonst als ein Familienstück behalten haben würde).

Der dolus des Käufers wird in der Regel darin bestehen, daß er dem Verkäufer unwahrer Weise Umstände vorgespiegelt hat, welche den Werth der Sache herabsetzen, oder auch, daß er ihm Umstände, welche den Werth der Sache erhöhen, verheimlicht hat. Gelingt hier dem Käufer die Täuschung, so wird der Erfolg darin bestehen, daß er den Verkäufer verleitet hat, einen Gegenstand zu verkaufen, den er sonst nicht verkauft haben würde, oder daß er ihn verleitet hat, den Gegenstand zu einem niedrigeren Preise zu verkaufen, als er sonst gethan haben würde. Auf die Erörterung der eben bezeichneten Fälle will ich mich hier beschränken [2].

---

2) Ein anderer Fall des dolus des Käufers wird in L. 57. §. 2. D. de contrah. emt. (18. 1) entschieden. Hier besteht die Folge des dolus darin, daß dem Käufer die Einrede, die er sonst der auf Zahlung des ganzen Kaufpreises gerichteten Klage entgegensetzen könnte, versagt wird. — Insonderheit kann es auch vorkommen, daß der dolus des Käufers nur die Folge gehabt hat, daß der Verkäufer dadurch verleitet worden ist, die Aufnahme einer ihm ungünstigen Nebenbestimmung in den Contract sich gefallen zu lassen. Die Entscheidung

Soll hier der Verkäufer in die Lage gebracht werden, in welcher er sich befunden haben würde, wenn er nicht getäuscht wäre, so muß man ihm das Recht einräumen, mit der actio venditi entweder auf Rescission des Vertrages und sein negatives Interesse oder auf eine Erhöhung des Kaufpreises zu klagen; — und ein solches Recht wird in der That auch in den Quellen anerkannt [3]).

Die Klage auf Rescission wird in diesem Fall nicht leicht Bedenken erregen. Ebenso ist auch die Klage auf Erhöhung des Kaufpreises durchaus unbedenklich, wenn der Kläger beweist, daß er durch den dolus des Käufers und die dadurch herbeigeführte Abschließung des Vertrages verhindert worden ist, die Sache zu einem bestimmten höheren Preise zu verkaufen. Dagegen könnte man für den Fall, daß ein solcher Beweis nicht erbracht werden kann, Bedenken tragen, eine Klage auf Erhöhung des Kaufpreises zuzulassen, indem es meistens sehr zweifelhaft sein wird, ob der Käufer eventuell den Vertrag zu dem höheren Preise abgeschlossen haben würde, oder ob nicht vielmehr die Abschließung des Contracts ganz unterblieben wäre, wenn der Verkäufer einen höheren Preis gefordert hätte und dabei beharrt wäre. Dieses Bedenken läßt sich aber in ähnlicher Weise auch gegen die dem betrogenen Käufer zustehende Klage auf Herabsetzung des Kaufpreises vorbringen, indem es auch hier zweifelhaft sein kann, ob der Verkäufer nicht lieber die verkaufte Sache behalten, als dieselbe zu einem geringeren Preise verkauft haben würde. So wenig in dem letzteren Fall auf den etwaigen Willen des dolosen Verkäufers Rücksicht genommen wird, eben so wenig kann dies in unserem Fall geschehen. Sofern nicht mehr

---

dieses Falles ergiebt sich von selbst; es ist nur im einzelnen Fall genau zu untersuchen, ob nicht die fragliche Nebenbestimmung doch in einer näheren Beziehung zur Abschließung des Contracts im Ganzen steht. Wenn z. B. der Verkäufer durch einen dolus des Käufers verleitet ist, ihm eine Sache auf Credit zu verkaufen, so wird der Anspruch des Verkäufers sich durchaus nicht immer darauf beschränken, daß die auf das Creditgeben sich beziehende Nebenbestimmung wegfalle; die Sache wird nicht selten so liegen, daß man annehmen muß: der Vertrag wäre ohne den dolus des Käufers gar nicht zu Stande gekommen, und alsdann muß dem Verkäufer das Recht eingeräumt werden, auf Rescission des ganzen Vertrages zu klagen. Was übrigens das angeführte Beispiel betrifft, so ist oben schon bemerkt, daß der Käufer im Allgemeinen nicht verpflichtet ist, den Verkäufer von der Mißlichkeit seiner Vermögensverhältnisse in Kenntniß zu setzen.

3) L. 13. §. 5. D. de act. emti (19. 1). L. 4. C. de hered. vel act. vend. (4. 39). L. 8. init. C. de rescind. vend. (4. 44).

als eine verhältnißmäßige Erhöhung des Kaufpreises[4]) verlangt wird, kann man den Erfolg der Klage weder von dem Beweis abhängig machen, daß der Verkäufer sonst die Sache zu einem höheren Preise hätte verkaufen können, noch von dem Beweise, daß der Käufer eventuell auch zu einem höheren Preise die Sache gekauft haben würde[5]).

In den Beziehungen, von welchen bisher die Rede gewesen ist, stimmen die für den Fall eines dolus des Käufers geltenden Grundsätze mit denjenigen überein, welche für den Fall eines dolus des Verkäufers gelten. Dagegen dürfte in anderer Beziehung eine Verschiedenheit anzuerkennen sein.

Wenn der Käufer durch den dolus des Verkäufers verleitet ist, die Sache theurer zu kaufen, als er sie sonst gekauft haben würde, so kann er, falls anzunehmen ist, daß der dolus nur auf die Feststellung des Preises eingewirkt hat, nicht auf Rescission des ganzen Contracts, sondern nur auf Herabsetzung des Preises ꝛc. klagen, wenn er es nicht etwa vorzieht, das Erfüllungsinteresse in Anspruch zu nehmen. Ist dagegen der Verkäufer durch den dolus des Käufers verleitet, wohlfeiler zu verkaufen, als er sonst gethan haben würde, so wird man meiner Meinung nach allgemein die Rescissionsklage zulassen müssen. Dem dolosen Käufer wird das Recht nicht zugestanden werden können, durch das Erbieten zur

---

4) D. h. eine Erhöhung des Kaufpreises, die nach dem Verhältniß erfolgt, in welchem der Werth, den die Sache gehabt hätte, wenn sie so beschaffen gewesen wäre, wie der Käufer den Verkäufer zu glauben verleitet hat, zu dem wahren Werth der Sache steht.

5) Vgl. L. 13. §. 5. D. de act. emti (19. 1). — Auf die L. 32. D. eod., die von einem Fall handelt, in welchem der Käufer durch Anwendung falschen Gewichts den Verkäufer über das Quantum des verkauften Oels getäuscht hat, würde man sich nur dann berufen können, wenn der Kauf, von welchem die Rede ist, als ein Aversionalkauf zu denken wäre. Nach den Worten der Stelle muß man aber annehmen, daß der Betrug nicht bei der Abschließung des Vertrages, sondern bei der Zumessung stattgehabt hat, daß also der vom Juristen supponirte Kauf ein Kauf ad mensuram gewesen ist. Ist dies aber der Fall, so kann die Entscheidung für die im Text aufgestellte Ansicht nicht benutzt werden; der Käufer hat dann durch seinen dolus nur veranlaßt, daß der Verkäufer den Kaufpreis für das verkaufte Quantum, dessen Höhe durch das Messen noch zu ermitteln war, für niedriger gehalten hat, als er wirklich nach den Bestimmungen des Vertrages war.

Zahlung eines höheren Preises die Klage auf Rescission des Vertrages von sich abzuwenden [6]).

Ein fernerer Unterschied besteht darin, daß in unserm Fall, sowie überhaupt im Fall eines dolus des Käufers eine Klage auf das Erfüllungsinteresse nicht vorkommen kann und zwar aus dem Grunde schon, weil die Leistung, zu welcher der Käufer sich verpflichtet, eine Geldleistung ist [7]). Das Correlat zu der Verpflichtung des Verkäufers zur Leistung des Erfüllungsinteresses besteht hier darin, daß der Käufer wegen seines dolus die Einrede verliert, die er sonst dem Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des ganzen bedungenen Preises hätte entgegensetzen können [8]). Davon kann aber in dem, der obigen Erörterung zu Grunde gelegten Fall nicht die Rede sein.

---

6) In den Fällen der s. g. laesio enormis hat der Käufer allerdings ein solches Recht. L. 2. C. de rescind. vend. (4. 44). Daraus lassen sich aber für den Fall der dolosen Verleitung zum Verkaufe keine Folgerungen ziehen.

7) Auch würde es meiner Meinung nach willkürlich sein, wenn man der bedungenen Geldleistung ohne Weiteres den wahren Werth des verkauften Gegenstandes substituiren wollte, so daß der Verkäufer unter allen Umständen diesen fordern könnte, da die Quellen hierfür keinen Anhalt bieten, die L. 13. §. 5. D. de act. emti (19. 1) vielmehr nur von einer verhältnißmäßigen Erhöhung des Kaufpreises spricht: „quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent“. Die Stelle setzt offenbar voraus, daß der bedungene Preis als Preis für die Gegenstände, welche der Verkäufer bei Abschließung des Erbschaftsverkaufs als zur Erbschaft gehörig betrachtet hat, bestehen bleibt. Davon daß demselben der wahre Werth dieser Gegenstände, falls derselbe mehr betragen sollte, substituirt werden könnte, findet sich in dieser Stelle, sowie sonst in den Quellen, keine Andeutung.

8) L. 57. §. 2. D. de contrah. emt. (18. 1).

Anhang II.

Ueber die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus.

§. 1.

Einleitung.

In einer Reihe von Stellen des corpus juris finden wir die Regel aufgestellt, daß die lata culpa in Ansehung ihrer Wirkungen dem dolus gleichstehe. Inwieweit diese Regel aber gilt, wie weit sich das Gebiet erstreckt, auf welchem die lata culpa dem dolus gleichsteht, das ist keineswegs unbestritten.

In meinen Beiträgen zum Obligationenrecht bin ich davon ausgegangen, daß die erwähnte Regel sich nicht allein auf contractliche Verhältnisse beziehe, daß dieselbe vielmehr auch auf dem außercontractlichen Gebiet zur Anwendung komme, und daß namentlich die lata culpa eben so, wie der dolus, als eine allgemeine causa obligationis anzusehen sei. Diese Ansicht wird aber keineswegs von Allen getheilt und namentlich hat Ihering in seinen Jahrbüchern (IV. S. 12 fg.) derselben den entschiedensten Widerspruch entgegengesetzt und mit großer Bestimmtheit die Behauptung aufgestellt, daß die in manchen Stellen ausgesprochene Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus sich nur auf contractliche Verhältnisse beziehen lasse. Er beruft sich dafür theils auf die Quellen, theils auf innere Gründe.

Anlangend die Quellen, so bemerkt er: „Von den Stellen reden die L. 1. §. 1. si mensor (11. 6) L. 32. dep. (16. 3) L. 7. §. 1. de susp. tut. (26. 10) L. 1. §. 5. de O. et A. (44. 7) ausdrücklich von contractlichen Verhältnissen und nur die L. 226 de V. S. (50. 16) ganz allgemein. Wie so manche Stellen dieses letzteren Titels trotz ihrer scheinbaren Allgemeinheit auf specielle Verhältnisse zu beschränken sind, so auch diese.“

Wer dies liest, muß glauben, daß die hier citirten Stellen die einzigen oder doch die einzigen erheblichen Stellen sind, in welchen die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus ausgesprochen wird, und daß die Ansicht, welche diese Gleichstellung auch auf außercontractliche Verhältnisse ausdehnt, einzig und allein auf die L. 226. D. de V. S. sich stützt. Man braucht aber nur die allergangbarsten Lehrbücher aufzuschlagen, um sich zu überzeugen, daß es außer den von Ihering aufgeführten Stellen noch andere giebt, welche ebenfalls die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus aussprechen, und zwar Stellen, von denen nicht behauptet werden kann, daß sie „ausdrücklich von contractlichen Verhältnissen reden". [1])

Die inneren Gründe, auf welche Ihering sich beruft, scheinen mir nicht stichhaltiger zu sein. Er ruft aus: „Wohin würde es führen, wenn Jemand in außercontractlichen Verhältnissen schlechthin auch wegen culpa lata in Anspruch genommen werden könnte! Eine unvorsichtige Aeußerung, die Mittheilung eines Gerüchts, einer falschen Nachricht, ein schlechter Rath, ein unbesonnenes Urtheil, die Empfehlung eines derselben nicht würdigen Dienstmädchens von Seiten der früheren Dienstherrschaft, die von einem Vorübergehenden gebetene Auskunft über den Weg, die Zeit u. s. w., kurz alles und jedes würde bei vorhandener culpa lata trotz aller bona fides zum Ersatz des dadurch veranlaßten Schadens verpflichten und die actio de dolo würde in einer solchen Ausdehnung zu einer wahren Geißel des Umgangs und Verkehrs werden, alle Unbefangenheit der Conversation wäre dahin, das harmloseste Wort würde zum Strick."

Das Bild, welches uns hier vor die Augen gestellt wird, läßt an Dunkelheit Nichts zu wünschen übrig. Es gilt jedoch, der Sache etwas näher zu treten und dann wird man sich ohne Schwierigkeit überzeugen, daß die Sache wesentlich anders sich verhält, als Ihering annimmt.

Wenn man Ihering's Worte liest, so muß man glauben, daß die lata culpa etwas überaus Harmloses sei, und ein Nichtjurist würde nach diesen Worten leicht zu der Ansicht kommen können,

1) Es möge genügen, hier lediglich auf die, von Arndts und Anderen citirte L. 1. §. 2. D. si is qui testamento liber (47. 4) hinzuweisen. Außerdem muß ich bemerken, daß auch unter den von Ihering citirten Stellen eine sich findet, welche nicht ausdrücklich von contractlichen Verhältnissen redet, nämlich die L. 1. §. 1. D. si mensor (11. 6).

daß die lata culpa der allergeringste Grad der Nachlässigkeit sei. Wird jedoch der wahre Begriff der lata culpa zu Grunde gelegt, so erscheint die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus in Beziehung auf außercontractliche Verhältnisse in einem wesentlich anderen Lichte, und selbst diejenigen, welche das größte Interesse an einer unbefangenen Conversation, einem harmlosen Scherz u. s. w. haben, werden nicht genöthigt sein, zur Erhaltung dieser Güter für die Beschränkung der Regel, daß die lata culpa in ihren Wirkungen dem dolus gleich steht, zu kämpfen. Auch muß ich annehmen, daß die Verfasser des preußischen Landrechts die Sache nicht in der Weise, wie Ihering, aufgefaßt haben. Vergl. das Allg. Preuß. Landrecht I. Tit. 3. §. 19:

> „Die Folgen eines groben Versehens werden, insofern es auf den Schadensersatz ankommt, ebenso zugerechnet, wie die Folgen des Vorsatzes."

Eine Stelle, deren Bedeutung nach dem Titel und Zusammenhange, in welchem sie sich findet, nicht auf contractliche Verhältnisse beschränkt werden kann.

Eine sichere Grundlage für die Beantwortung der Frage, in welcher Ausdehnung die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus gilt, kann man nur dadurch gewinnen, daß man die einzelnen in den Quellen anerkannten Anwendungen möglichst genau registrirt. Im Nachfolgenden werde ich dies versuchen, indem ich

1. die contractlichen und quasicontractlichen Verhältnisse,
2. die sonstigen Verhältnisse

ins Auge fasse. Die Erörterung wird sich aber auf die privatrechtlichen Wirkungen der lata culpa beschränken; auf das Criminalrecht irgendwie näher einzugehen, liegt nicht in meiner Absicht.

---

§. 2.

Aussprüche der Quellen. — Contractliche und quasicontractliche Verhältnisse.

Betrachten wir zunächst die contractlichen und quasicontractlichen Verhältnisse, so handelt es sich vor allen

Dingen darum, ob die lata culpa, was die Begründung der Verpflichtung zur Leistung des Interesses betrifft, dem dolus gleichsteht.

Die Zahl der contractlichen Verhältnisse, in welchen der Schuldner nach der Ausdrucksweise der Quellen nicht dolus und culpa, sondern nur dolus zu prästiren hat, ist nicht groß und unter diesen giebt es nur eines, das Depositum, in Betreff dessen uns ein ausgiebigeres Quellenmaterial zu Gebote steht. Dieses Material ist aber auch der Art, daß es Nichts zu wünschen übrig läßt.

In einer Reihe von Stellen heißt es, daß der Depositar nur für dolus haftet. Es wird vom Depositum gesagt, daß es zu den Contracten gehöre, welche „dolum malum dumtaxat recipiunt“ [1]. Es wird gesagt, daß der Depositar „dolum dumtaxat“ prästire [2], daß bei dem Depositum „dolus solus“ prästirt werde [3], daß der Depositar „ex eo solo“ hafte, „si quid dolo commiserit“ [4], daß „ultra dolum“ Nichts zu prästiren sei [5], daß der Depositar nicht hafte, wenn er die Sache „sine dolo malo“ verloren habe [6].

Die ausschließliche Haftung für dolus ist in diesen Stellen so entschieden ausgesprochen worden, daß, wenn sonst Nichts vorläge, jeder Gedanke an eine Verantwortlichkeit des Depositars für lata culpa ausgeschlossen wäre. In anderen Stellen wird aber anerkannt, daß der Depositar auch dann zur Leistung des Interesses verpflichtet ist, wenn ihm eine lata culpa zur Last fällt [7].

---

1) L. 23. D. de R. J. (50. 17).

2) L. 1. §§. 8. 10. 47. D. depositi (16. 3). L. 14. §. 3. D. de furtis (47. 2). L. 3. §. 1. D. nautae (4. 9).

3) L. 5. §. 2. D. commodati (13. 6). Vgl. auch L. 17. §. 2. i. f. D. de praescriptis verbis (19. 5). Siehe ferner Collatio X. cap. 2. §. 1. i. f. cap. 7. §. 6. cap. 8.

4) §. 3. J. quibus modis re (3. 14). §. 19. J. de obl. ex del. (4. 1).

5) Collatio X. cap. 5.

6) L. 20. D. depositi (16. 3). Siehe auch Collatio X. cap. 3. So wird auch in L. 1. §. 32. D. depositi die Haftung des Depositars verneint: „quia nullus dolus intercessit“.

7) L. 32. D. depositi (16. 3). L. 1. §. 5. D. de O. et A. (44. 7). L. 1. C. depositi (4. 34). Die letzte Stelle ist ein Rescript des Kaisers Alexander, welches sich auch in der Collatio X. cap. 8. findet. Am letzteren Orte heißt es in Beziehung auf die Haftung des Depositars: „qui dolum tantum praestare debuit“. Die Compilatoren haben in der L. 1. C. cit., um die Haftung des Depositars deutlicher zu bezeichnen, diesen Satz in folgender Weise vervollstän-

Man könnte glauben, daß unter den römischen Juristen verschiedene Ansichten über unsere Frage bestanden hätten, und daß die eine Reihe von Stellen der einen, die andere der anderen Ansicht angehöre. Und in der That wird uns auch in der L. 32. D. depositi (16. 3) berichtet, daß Proculus die lata culpa dem dolus nicht gleichgestellt habe. Dennoch müssen wir annehmen, daß die späteren Juristen in der zur Frage stehenden Beziehung einer und derselben Meinung gewesen sind. Daß die Haftung des Depositars für lata culpa nach der Auffassung der römischen Juristen nicht mit der so stark betonten ausschließlichen Verantwortlichkeit für dolus in Widerspruch steht, ergiebt sich insonderheit aus der L. 1. §. 5. D. de O. et A. (44. 7), in welcher Gajus zuerst von dem Depositar sagt: „in eo solo tenetur, si quid dolo perierit", dann aber die Worte hinzufügt: „magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere." Und damit steht es denn auch ganz in Einklang, daß in der L. 32. D. depositi die Haftung des Depositars für lata culpa aus der Regel: „latiorem culpam dolum esse" abgeleitet wird [8]).

---

digt: „qui dolum solum et latam culpam, si non aliud specialiter convenit, praestare debuit".

8) Daß insonderheit auch Ulpian, von welchem die Mehrzahl der in den Anmerkungen 1—3 citirten Stellen herrührt, unter dem Ausdruck: dolus die lata culpa mit befaßt, geht aus verschiedenen anderen Stellen von Ulpian hervor. Vgl. L. 1. §. 1. D. si mensor (11. 6). L. 8. pr. D. de edendo (2. 13). L. 8. §. 3. D. de precario (43. 26). L. 1. §. 2. D. si is qui testamento liber (47. 4). A. M. Pernice, Labeo II. S. 415 Derselbe stellt die Ansicht auf, daß die Juristen, welche die Haftung auf dolus allein beschränken, in diesem dolus solus die lata culpa nicht mit enthalten dachten. Da nun, wie nicht zu bezweifeln ist, und wie auch Pernice auf Grund der L. 1. §. 5. D. de O. et A. anzuerkennen scheint, schon die classischen Juristen beim Depositum die Gleichsetzung der lata culpa mit dem dolus wollten, so bleibt, wie mir scheint, uns nur die Wahl zwischen folgenden beiden Annahmen. Entweder müssen wir annehmen, daß die Juristen in dem dolus solus die lata culpa mit befaßt dachten, oder, daß sie einen unrichtigen, ihrer eigenen Ansicht widersprechenden Satz ausgesprochen haben, indem sie die Haftung des Depositars auf den dolus allein beschränkten. Für die erstere Annahme sprechen die vorhin citirten Stellen, denen noch verschiedene andere Stellen hinzugefügt werden könnten. Für die letztere Annahme spricht meiner Meinung nach Nichts. Pernice beruft sich für seine Ansicht auf L. 1. C. depositi (4. 34); wie aber aus der Art und Weise, in welcher die Compilatoren hier interpolirt haben (s. die vorige Anm.), für den

Bei denjenigen contractlichen und quasicontractlichen Verhältnissen, bei welchen der Schuldner auch für levis culpa haftet, können wir Belege für die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus, soweit es sich um die Entschädigungspflicht im Allgemeinen handelt, nur in Beziehung auf solche Fälle erwarten, in welchen die Haftung ausnahmsweise auf dolus sich beschränkt.

Die Zahl der Stellen, welche hier in Betracht kommen, ist begreiflicherweise nicht groß [9]; aber einige Stellen finden sich doch, aus welchen hervorgeht, daß auch in Beziehung auf die eben erwähnten Fälle unter dolus zugleich die lata culpa mit verstanden wird. So wird von den Erben des Vormundes, welche die von ihrem Erblasser begonnenen Geschäfte fortsetzen, in einigen Stellen gesagt, daß sie nur für den eigenen dolus haften [10], während aus einer anderen Stelle hervorgeht, daß auch die lata culpa von ihnen zu prästiren ist [11]. Ebenso wird dem Bürgen, welcher die Schuld ohne Rücksicht auf eine derselben entgegenstehende Einrede bezahlt hat, die actio mandati contraria nur für den Fall abgesprochen, „si sciens praetermiserit exceptionem", also nur für den Fall des dolus; es wird aber auch hier zugleich anerkannt: „dissoluta negligentia prope dolum est" [12].

Endlich ist noch hervorzuheben, daß in den Quellen keine Stelle sich findet, welche in Beziehung auf contractliche oder quasicontractliche Verhältnisse der lata culpa die Fähigkeit, eine Verpflichtung zur Entschädigung zu begründen, abspricht. Unter diesen Umständen

---

Sprachgebrauch der classischen Juristen etwas gefolgert werden kann, ist mir unverständlich.

9) In manchen Stellen wird allerdings gesagt, daß die Haftung auf dolus und lata culpa sich erstrecke oder daß sie nicht über die lata culpa hinausgehe; diese Stellen können aber nicht als Beweisstellen benutzt werden, weil aus ihnen nicht hervorgeht, daß der Grund der Haftung für die lata culpa darin liegt, daß dieselbe wie ein dolus betrachtet wird.

10) L. 1. pr. L. 4. pr. §. 1. D. de fidej. et nominat. (27. 7).

11) L. 17. C. de negotiis gestis (2. 19).

12) L. 29. pr. D. mandati (17. 1). Allerdings wird in dieser Stelle nicht von der Verpflichtung des Mandatars zur Entschädigung, sondern nur von dem Recht desselben auf Schadensersatz gesprochen. Die Beweiskraft der Stelle wird aber dadurch nicht aufgehoben, weil es sich doch zunächst darum handelt, ob der Mandatar (der Bürge) in diesem besonderen Fall nur für dolus oder auch für culpa haftet und weil es nur zufällig ist, daß hier für den Fall des dolus von

hat es sicherlich kein Bedenken, in Beziehung auf die bezeichneten Verhältnisse die Regel aufzustellen, daß die lata culpa, was die Verpflichtung zur Entschädigung im Allgemeinen betrifft, dem dolus gleichsteht. Nach den ausdrücklichen Zeugnissen der Quellen bezieht sich aber diese Gleichstellung nicht bloß auf die Entschädigungspflicht im Allgemeinen, sondern auch auf die besondere Art und Weise, wie das Interesse unter Umständen festgestellt werden kann. Obgleich der dolus des Schuldners in den Quellen ausdrücklich als Voraussetzung für die Zulassung des Gläubigers zum juramentum in litem bezeichnet wird [13]), finden wir doch zugleich es anerkannt, daß die Zulassung zu diesem Eide auch im Fall einer lata culpa des Schuldners verlangt werden kann [14]).

An die eben erörterte Frage reihen sich einige andere, in Ansehung deren uns jedoch ein sicheres Quellenmaterial nicht zu Gebote steht.

1. In den Quellen wird wiederholt gesagt, daß ein, den Schuldner von der Verantwortlichkeit für den dolus befreiender Vertrag ungültig sei [15]). Daß ein Gleiches von dem pactum, ne lata culpa praestetur, gelte, wird nicht ausdrücklich gesagt; meines Erachtens dürfte jedoch diese Frage schon wegen des nahen Zusammenhanges, in welchem sie mit der Frage nach der Haftverbindlichkeit im Allgemeinen steht, zu bejahen sein. Ueberdies dürfte diese Ansicht auch einige Unterstützung in der L. 1. §§. 6. 7. D. depositi (16. 3) finden. Ulpian behandelt hier die Frage, ob und inwie-

---

der besonderen Leistung eines Interesses nicht die Rede sein kann. Das Interesse, welches der Mandant (der Hauptschuldner) daran hat, daß der Bürge nicht für ihn gezahlt hätte, besteht nämlich allein darin, daß durch die Zahlung von Seiten des Bürgen keine Ersatzklage gegen ihn begründet wird.

13) L. 2. §. 1. L. 5. §. 3. D. de in litem jurando (12. 3).

14) L. 2. C. de in litem jur. (5. 53). Vgl. auch L. 4. C. eodem und L. 7. pr. D. de admin. tut. (26. 7). Diese Stellen beziehen sich allerdings nur auf die Vormundschaft; es liegt jedoch kein Grund vor, dies als eine bloß für die Vormundschaft geltende Singularität anzusehen und demgemäß hat man denn auch bisher in Betreff des juramentum in litem die lata culpa allgemein dem dolus gleichgesetzt. Die, von Pernice, Labeo II. S. 398 fg. dagegen erhobenen Bedenken kann ich nicht theilen.

15) L. 27. §. 3. D. de pactis (2. 14). L. 17. pr. D. commodati (13. 6). L. 1. §. 7. D. depositi (16. 3). L. 23. D. de R. J. (50. 17).

weit die dem Depositar gesetzlich obliegende Verpflichtung, für dolus einzustehen, durch einen Nebenvertrag verändert werden kann; er bemerkt in dieser Beziehung, daß zwar ein die Haftung des Depositars auf die culpa ausdehnender Vertrag gültig sei, daß aber ein Vertrag, der den Depositar von der Haftung für den dolus befreie, ungültig sei. Erwägt man nun, daß Ulpian in der langen L. 1. D. depositi nur zwischen dolus und culpa unterscheidet und sonst unter dolus, wie man annehmen muß, trotz des hinzugefügten: „dumtaxat“ die lata culpa mit befaßt, so wird man jedenfalls die Annahme, daß ein Gleiches in dem §. 7 der L. 1. cit. der Fall ist, als eine sehr nahe liegende anerkennen müssen. Auch findet sich in den Quellen keine Dem widerstreitende Stelle. Diejenigen, welche die culpa in concreto ohne Weiteres als eine lata culpa ansehen, werden freilich ein Bedenken aus den Stellen entnehmen können, nach welchen in Fällen, in denen nur für culpa in concreto gehaftet wird, durch Testament die Haftung für culpa gültig erlassen werden kann[16]). Meiner Meinung nach können aber diese Stellen kein Bedenken erregen, indem man nicht berechtigt ist, die culpa in concreto schlechthin als eine lata culpa anzusehen[17]).

---

16) L. 41. L. 5. §. 7. D. de admin. tut. (26. 7). L. 72. §. 3. D. de condit. (35. 1). Hasse, Culpa §§. 60 fg., der im Ganzen die culpa in concreto für eine lata culpa hält, daneben aber das pactum, ne lata culpa praestetur, als ungültig betrachtet, hilft sich dadurch, daß er gerade in der hier zur Frage stehenden Beziehung einen Unterschied zwischen der gewöhnlichen lata culpa und der omissio diligentiae quam suis macht.

17) Vgl. meine Beiträge III. S. 377 fg. Abgesehen davon, daß die Quellen die Haftung für culpa in concreto allgemein als eine Modification der Haftung für levis culpa darstellen, scheint mir ein besonders schlagender Beweis für die oben ausgesprochene Ansicht auch in der Art und Weise zu liegen, wie die Quellen die Haftung der Erben des Vormundes von der Haftung des Vormundes selbst unterscheiden. Wäre die culpa in concreto eine lata culpa, so würde der Unterschied in der That verschwinden. — Pernice (Labeo II. S. 366 fg.) stimmt insofern mit mir überein, als er die Ansicht, daß die culpa in concreto eine Unterart der lata culpa sei, für unrichtig erklärt; er hält aber (a. a. O. S. 425 fg.) auf Grund der in der vorigen Anm. citirten L. 72. §. 3. D. de condit. das pactum, ne lata culpa praestetur, für gültig, indem er diese Stelle wegen der L. 22. §. 3. D. ad S. C. Trebell. (36. 1) nur auf ein solches pactum beziehen zu können glaubt. Ich sehe nicht ein, daß man dazu gezwungen ist, da im weiteren Verlauf der L. 22. §. 3. cit. eine Haftung des Fiduciars für culpa in concreto anerkannt wird.

2. Nach der Regel, daß derjenige die actio furti habe, cujus interfuit rem non subripi, stand die erwähnte Klage dem Schuldner, dem die geschuldete Sache gestohlen war, zu, wenn er in Folge davon dem Gläubiger zur Leistung des Interesses verpflichtet war. Eine Ausnahme von dieser Regel wurde jedoch für den Fall gemacht, daß der Schuldner sich eines dolus schuldig gemacht hatte. Daß dem Schuldner auch im Fall der lata culpa die actio furti zu versagen sei, wird in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt. Die Stellen, welche dem Depositar die actio furti schlechthin versagen [18], sprechen aber dafür, daß in der angegebenen Beziehung die lata culpa dem dolus gleichgestellt wurde [19].

3. Bei einigen contractlichen und quasicontractlichen Verhältnissen hatte die Verurtheilung wegen dolus die Infamie des Schuldners zur Folge. Hier würde man am ersten geneigt sein, die lata culpa von dem dolus zu unterscheiden, und im Allgemeinen wird wohl auch in den Fällen einer lata culpa das Eintreten der Infamie ausgeschlossen gewesen sein. Dies ist um so mehr anzunehmen, als die römischen Juristen, wie man annehmen muß, selbst in Fällen eines wirklichen dolus die Strafe der Infamie nicht eintreten ließen, wenn dem Benehmen des Schuldners kein geradezu unsittliches Motiv zu Grunde lag [20]. Dennoch läßt sich ein ganz

---

18) Gajus III. §. 207. — §. 19. J. de obligat. quae ex delicto (4. 1). L. 14. §. 3. D. de furtis (47. 2).

19) Diese Ansicht wird überdies sehr wesentlich unterstützt durch L. 14. §. 11. D. de furtis (47. 2), eine Stelle, die sich freilich nicht auf ein eigentlich contractliches Verhältniß bezieht, die aber um deßwillen an Beweiskraft für unsere Frage Nichts verliert. In dieser Stelle wird dem Precaristen, welcher für dolus und lata culpa haftet, die actio furti ganz allgemein abgesprochen; nur dann soll der Precarist die actio furti haben können, wenn die Sache ihm post interdictum redditum gestohlen ist, weil er dann auch culpa d. h. levis culpa prästirt. Wenn die actio furti nicht auch im Fall der lata culpa versagt würde, so hätte der Jurist die Möglichkeit, die actio furti zu erlangen, nicht so schlechthin auf die Zeit post interdictum redditum beschränken und für die frühere Zeit ausschließen können.

20) Es liegt jedenfalls sehr nahe, den Grund, weshalb in den Fällen der L. 7. pr. D. depositi (16. 3) und der L. 8. §. 10. D. mandati (17. 1) das Verhalten des Schuldigen trotzdem, daß eine absichtliche Rechtsverletzung vorliegt, nicht als dolus, sondern nur als dolo proximum und lata culpa bezeichnet wird, darin zu finden, daß man die Infamie, welche bei diesen Contracten im

durchstehender Unterschied zwischen der lata culpa und dem dolus auch in der zur Frage stehenden Beziehung nicht behaupten. Dies ergiebt sich aus einigen Entscheidungen, denen zufolge der Vormund auch im Fall der lata culpa auf eine Weise, die nicht integra existimatione erfolgt, aus seinem Amte entfernt werden kann [21]).

Außer den im Bisherigen erörterten Fragen könnte man noch manche andere aufwerfen; so z. B. ob der Anspruch auf das beneficium competentiae bloß durch dolus oder auch durch lata culpa verwirkt wird, ob das beneficium divisionis den Solidarschuldnern nur im Fall eines dolus oder auch im Fall einer lata culpa abzusprechen ist, ob der Regreß des Solidarschuldners, der die ganze Schuld bezahlt hat, gegen die Mitschuldner auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Zahler einer lata culpa sich schuldig gemacht hat [22]) u. s. w. Wir finden aber über diese Fragen keine Entscheidungen in den Quellen. In den betreffenden Stellen ist nur vom dolus die Rede und es fehlt an bestimmten Anhaltspunkten, um zu erkennen, was hier unter dolus zu verstehen ist. Es wird also von dem Gesammtresultat der in den Quellen enthaltenen sicheren Ent-

---

Fall einer Verurtheilung wegen dolus eintrat, nicht eintreten lassen wollte. Vgl. auch L. 7. §. 7. D. de dolo (4. 3). — Was übrigens die L. 8. §. 10. D. mandati betrifft, so verkenne ich nicht, daß diese Stelle zu großen Zweifeln Anlaß giebt; vgl. darüber Pernice, Labeo II. S. 403 fg.; doch kann man, wie mir scheint, die Stelle, ohne ihr den größten Zwang anzuthun, nicht anders verstehen, als dies bisher allgemein geschehen ist.

21) L. 7. §. 1. D. de suspectis (26. 10). L. 13. §. 1. C. arbitrium tut (5. 51). — In §. 6. J. de suspectis (1. 26) und in L. 9. C. eod. (5. 43) werden die tutores ob dolum remoti und die ob culpam (negligentiam) remoti unterschieden und wird zugleich in Betreff der letzteren bemerkt, daß dieselben nicht von der Strafe der Infamie betroffen werden. Anders verhält es sich jedoch mit der in den beiden zuerst citirten Stellen erwähnten Remotion.

22) Unger, System II. §. 102. Anm. 21 nimmt an, daß nach L. 30. D. de negot. gestis (3. 5). L. 1. §§. 13. 14. D. de tut. et rat. (27. 3) und L. 4 D. de his qui effud. (9. 3) der Regreß durch die lata culpa nicht ausgeschlossen sei. Die Beweiskraft der beiden ersten Stellen beruht aber auf der Annahme, daß die s. g. culpa in concreto eine lata culpa sei. Die Beweiskraft der letzten Stelle fällt von selbst, wenn man erwägt, daß die actio de effusis et dejectis gegen den Inhaber der Wohnung, aus welcher etwas hinausgegossen oder hinausgeworfen ist, geht und eine wirkliche culpa des Beklagten überall nicht zur Voraussetzung hat.

scheidungen abhängen müssen, ob in den gedachten Beziehungen die lata culpa dem dolus gleichzustellen ist[23]).

---

§. 3.

Aussprüche der Quellen. — Außercontractliche Verhältnisse. — L. 226. D. de V. S.

Ihering bezeichnet das Gebiet der contractlichen Verhältnisse als dasjenige, für welches allein die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus gilt. Dennoch findet sich auch in einer Reihe von anderen Fällen diese Gleichstellung anerkannt.

1. Actio in factum gegen den mensor.

Diese Klage wird von den Römern nicht als eine Contractsklage, sondern als eine Entschädigungsklage ex delicto angesehen.

---

23) Dasselbe wird auch von der Frage gelten müssen, ob die lata culpa insofern dem dolus gleichsteht, daß ein Schaden, dessen nicht erfolgte Vermeidung in einer lata culpa des Beschädigten ihren Grund hat, auch dann von der Berücksichtigung ausgeschlossen ist, wenn der Beschädiger eines dolus sich schuldig gemacht hat. Für die Verneinung dieser Frage hat Demelius (Jahrbücher V. S. 72 fg.) sich theils auf die L. 45. §. 1. D. de act. emti (19. 1), theils auf L. 9. §. 4. und L. 31. D. ad. l. Aquil. (9. 2) berufen. Die beiden letzten Stellen beweisen Nichts, wie aus einer näheren Betrachtung des Falls hervorgehen dürfte. Wer über einen Schießplatz geht, auf welchem gerade geschossen wird, muß sich sagen, daß er sich der Gefahr aussetzt, von einem der Schießenden aus Versehen getroffen zu werden, und, wenn dies eintrifft, kann er sich nicht beklagen. Daran aber, daß Jemand absichtlich auf ihn anlegt, kann er nicht denken und, daß er diese Gefahr nicht vorausgesehen hat, kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden. In Beziehung auf den Schaden, welcher ihn dadurch trifft, daß Jemand absichtlich auf ihn zielt, kann dem Beschädigten eine lata culpa schlechterdings nicht vorgeworfen werden. Soweit ist es doch noch nicht gekommen, daß man Jemandem einen Vorwurf, geschweige denn den Vorwurf einer nimia negligentia machen kann, wenn er seine Mitmenschen nicht ohne Weiteres für Mörder angesehen hat; und dahin war es sicherlich auch bei den Römern nicht gekommen. — Die L. 45. §. 1. D. de act. emti (19. 1) ist eher geeignet, Zweifel hervorzurufen. Nach dieser Stelle hat, wie es scheint, derjenige, welcher wissentlich eine fremde Sache verkauft hat, dem Käufer die auf die Sache

Dies geht schon aus L. 1. pr. §. 1. D. si mensor (11. 6), namentlich aber aus L. 3. §. 5. D. eodem hervor, indem nach der letzteren Stelle die Klage nicht gegen den Erben des mensor zugelassen wurde [1]). Darin, daß die Römer die Verpflichtung des mensor nicht als eine contractliche auffaßten, liegt der Grund, daß er nur für dolus haftet. Demgemäß heißt es denn auch in der L. 1. §. 1. D. si mensor: „Haec actio dolum malum dumtaxat exigit"; in derselben Stelle wird aber trotzdem nachher gesagt: „Lata culpa plane dolo comparabitur."

2. Interdictum de precario.

Daß die Obligation, welche durch das interdictum de precario geltend gemacht wird, eine Delictsobligation ist, ergiebt sich theils aus der L. 14. §. 11. D. de furtis (47. 2), theils daraus,

---

verwendeten Kosten selbst dann zu erstatten, wenn der Käufer durch Ausübung des Retentionsrechts die Erstattung der Kosten von dem Evincenten hätte erlangen können, dieses aber versäumt hat. Es fragt sich aber, ob man hier wirklich unter allen Umständen eine lata culpa anzunehmen hat und jedenfalls würde auf der anderen Seite wieder die L. 43. §. 1. D. de contrah. emt. (18. 1) in Betracht kommen. — Die Sache ist, wie ich nicht läugnen kann, zweifelhaft. Da übrigens der Begriff der lata culpa dem richterlichen Ermessen immerhin einen Spielraum ließ, so mag gerade hier ein Verhalten, in welchem sonst eine lata culpa gefunden wurde, unter Umständen anders aufgefaßt sein. — Pernice (Labeo II. S. 427. Anm. 25) scheint anzunehmen, daß ich in meinen Beiträgen (II. S. 258) den Satz, daß der Beschädigte einen Schaden, der ohne seine lata culpa vermieden wäre, auch von dem dolosen Verletzer nicht erstattet verlangen könne, durch die dort citirten Stellen habe beweisen wollen. Daß es sich in diesen Stellen um einen dolus des Beschädigten handelt, ist mir nie entgangen und ergiebt sich für jeden Leser aus den Worten des Textes, auf welche die, die Quellencitate enthaltenden Anmerkungen sich beziehen. Meine Ansicht in Betreff der lata culpa beruhte darauf, daß dieselbe sonst in den Quellen dem dolus gleichgestellt, zu diesem gerechnet wird.

1) Diese Stelle wird auch von Ihering als entscheidend anerkannt werden müssen, indem er (S. 28) bemerkt: „ein sicheres Kriterium der contractlichen culpa ist nach römischem Recht der Uebergang der Verpflichtung auf die Erben; wo der Uebergang fehlt, ist die culpa eine außercontractliche, wo er vorhanden, eine contractliche". Das Erstere ist unzweifelhaft richtig; daß aber in allen Fällen, wo der Uebergang der Verpflichtung auf die Erben stattfindet, die culpa eine contractliche ist, halte ich nicht für schlechthin zutreffend. Ich bin nämlich, abweichend von Ihering, der Ansicht, daß man nicht berechtigt ist, in allen Fällen, in welchen

daß die Klage gegen den Erben nur in id, quod ad eum pervenit, zugelassen wird[2]). Deshalb haftet der Precarist nur für dolus. Die in der L. 2. pr. D. de precario (43. 26) uns aufbehaltenen Worte des Edicts lauten: „quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas". Auch hier haben aber, wie aus L. 8. §§. 3. 6. D. eodem hervorgeht, die römischen Juristen das Wort: dolus in der weiteren, die lata culpa mit umfassenden Bedeutung verstanden. Besonders interessant ist in dieser Beziehung die L. 8. §. 3. cit., indem hier zunächst drei Mal hervorgehoben wird, daß nur der dolus (dolus solus, dolus tantum) prästirt werde, und dennoch am Schluß hinzugefügt wird: „culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit".

In den beiden bisher erwähnten Fällen liegen allerdings Verträge zu Grunde und es soll nicht geläugnet werden, daß dieses in gewisser Beziehung von Bedeutung gewesen ist[3]). Bei dem precarium wurde das zu Grunde liegende Vertragsverhältniß später sogar in dem Maße anerkannt, daß eine actio praescriptis verbis aus demselben gegeben wurde[4]). Die Lehre von dem precarium hat sich aber, ebenso wie die Lehre von der Verbindlichkeit des mensor, unter dem Einfluß der Anschauung festgestellt, daß hier kein contractliches Verhältniß vorliegt. Auch giebt es keinen Grund für die Annahme, daß der Umstand, daß hier in Wahrheit Verträge zu Grunde liegen, auf die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus influirt habe. Nur dann würde man dies annehmen können, wenn die erwähnten beiden Fälle die einzigen Delictsfälle wären, bei welchen die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus anerkannt würde. Dies ist aber, wie aus dem Folgenden hervorgeht, keineswegs der Fall.

---

die Römer eine Contractsklage zuließen, die dadurch geltend gemachte Verpflichtung als eine Verpflichtung aus dem Contract, bezw. aus einer contractlichen Verschuldung anzusehen.

2) L. 8. §. 8. D. de precario (43. 26).

3) Vgl. L. 4. D. si mensor (11. 6).

4) L. 2. §. 2. L. 19. §. 2. D. de precario (43. 26). Daraus mag es sich auch erklären, daß Ulpian in der L. 23. D. de R. J. (50. 17) neben dem depositum das precarium als Beispiel von contractus, qui dolum malum dumtaxat recipiunt, anführt.

3. Actio in factum gegen den argentarius und actio ad exhibendum.

Jeder kann von dem argentarius die Vorlegung der auf seine Angelegenheiten sich beziehenden rationes verlangen. Es ist hier nicht, wie bei der gewöhnlichen actio ad exhibendum, nöthig, daß das Interesse, welches der Kläger an der Exhibition hat, sich auf einen Rechtsanspruch stützt; vielmehr soll in diesem Fall das bloß factische Interesse genügen, da der Dienst der argentarii gewissermaßen ein publicum officium ist[5]).

Die Verpflichtung des argentarius, welche durch eine actio in factum geltend gemacht wird, gilt nicht nur für den Fall, daß er zur Edition im Stande ist, sondern auch für den Fall, daß er sich doloser Weise des Besitzes der rationes entäußert hat. Die Klage ist im letzteren Fall durchaus als eine Entschädigungsklage ex delicto anzusehen, wie sie denn auch gegen den Erben nicht zugelassen wird[6]). Daß aber auch hier die lata culpa dem dolus gleichgestellt wird, geht aus der L. 8. pr. D. de edendo (2. 13) hervor: „ubi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur, cum dolo malo non exhibet; sed culpam non praestabit, nisi dolo proximam."

Die Analogie der actio in factum gegen den argentarius spricht dafür, ebenso die actio ad exhibendum nicht nur gegen denjenigen, qui dolo desiit possidere, sondern auch gegen denjenigen zuzulassen, qui lata culpa desiit possidere. Denn der Grund, weshalb in dem erwähnten Fall eine besondere Klage gegeben wurde, lag ohne Zweifel bloß darin, daß man hier von den strengeren Voraussetzungen, welche bei der actio ad exhibendum in Betreff des Nachweises des die Klage begründenden Interesses galten, absehen zu müssen glaubte. Die Ansicht, daß die lata culpa auch bei der actio ad exhibendum dem dolus gleichzustellen sei, findet denn auch meiner Meinung nach eine entschiedene Unterstützung in der L. 9. §. 4. D. ad exhibendum (10. 4)[7]). Die actio ad exhibendum wird aber, ebenso wie die rei vindicatio, insofern sie gegen den fictus possessor geht, als eine Entschädigungsklage ex delicto betrachtet, wie daraus hervorgeht, daß

---

5) L. 4. pr. L. 9. pr. §. 1. L. 10. §. 1. D. de edendo (2. 13).

6) L. 13. D. de edendo (2. 13).

7) Vgl. Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 33.

sie gegen den Erben des fictus possessor nur in id, quod ad eum pervenit, gerichtet werden kann[8]).

4. Interrogatio in jure.

Wenn Jemand bei der interrogatio in jure wissentlich etwas Unwahres antwortete, so war der Gegner befugt, zur Strafe das Nachtheiligste anzunehmen, das im vorliegenden Fall denkbar war[9]). Demgemäß muß der Theilerbe, welcher wissentlich Erbe zu sein läugnet oder wissentlich den Erbtheil geringer angiebt, es sich gefallen lassen, daß er in solidum verklagt wird. Daß dies als eine poena mendacii aufzufassen ist, läßt sich nicht wohl bezweifeln[10]). Dennoch wird hier die lata culpa dem dolus gleichgestellt, indem es in L. 11. §§. 10. 11. D. de interrogat (11. 1) heißt:

---

8) L. 12. §. 6. D. ad exhib. (10. 4).

9) L. 11. §§. 1—5. L. 17. D. de interrogat. (11. 1). Vgl. v. Savigny, System VII. S. 28.

10) Vgl. L. 11. §. 3. D. de interrog. (11. 1), sowie auch L. 26. §. 5. D. de noxal. act. (9. 4). Damit steht es nicht in Widerspruch, daß in der L. 11. §. 9. D. de interrogat. derjenige, welcher auf die interrogatio antwortet, als einer bezeichnet wird, der quasi ex contractu haftet. Dies bezieht sich auf den Fall, wo der Kläger die Antwort des Befragten als wahr annimmt und darauf sich stützt. Durch den Ausspruch, daß der Befragte quasi ex contractu haftet, soll nur ausgedrückt werden, daß der Befragte in dem angegebenen Falle auch selbst genöthigt sei, die Antwort gelten zu lassen. — Pernice, Labeo II. S. 401 ist der Ansicht, daß die Klage gegen den Lügner nicht als Delictsanspruch aufgefaßt sei, indem er sich darauf beruft, daß nach L. 8. und L. 20. pr. D. de interrog. (11. 1) der richtige Beklagte durch die Verurtheilung des confessus befreit werde. Gerade die L. 20. pr. cit. beweist aber sehr entschieden gegen Pernice. Ulpian sagt freilich zu Anfang der Stelle, übereinstimmend mit dem Ausspruch des Paulus in L. 8. cit.: „Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali judicio conventus sit, dominum liberat". Diese Entscheidung wird aber weiterhin in der Stelle dadurch motivirt, daß beide, der confessus und der wirkliche dominus „ex persona servi" haften und daß hier dieselben Grundsätze zur Anwendung zu bringen seien, wie bei einem servus communis. Dagegen sagt Ulpian ausdrücklich in der L. 20. pr., daß es sich anders verhalte, „si quis confessus sit, se occidisse servum, quem alius occidit, vel si quis responderit se heredem". Und er fügt noch hinzu: „nam his casibus non liberatur, qui fecit vel qui heres est". Ein Gegensatz, wie Pernice ihn zwischen der den eben angeführten Stellen zu Grunde liegenden Auffassung und der Auffassung in L. 7. D. de rei vind. (6. 1) findet, ist also in Wahrheit nicht vorhanden.

„Qui justo errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est. Sed et si quis sine dolo malo, culpa tamen responderit, dicendum erit, absolvi eum debere, nisi culpa dolo proxima sit“.

5. Actio dupli gegen den durch Testament frei gewordenen Sclaven.

Wenn ein Sclave, dem durch das Testament seines Herrn die Freiheit zugewendet war, nach dem Tode des Testators, aber vor Antretung der Erbschaft Sachen, die zur Erbschaft gehörten, entwendete, beschädigte oder zerstörte, überhaupt durch seinen dolus es bewirkte, daß Erbschaftsgegenstände nicht an den Erben gelangten, so konnte er weder als Sclave gezüchtigt werden, noch war eine actio civilis gegen ihn zulässig, da er zur Zeit der Verübung des Delicts rechtlich noch ein Sclave der durch ihn geschädigten Erbschaft gewesen war und der Eigenthümer keine Delictsklage gegen den eigenen Sclaven hatte, wenn dieser später auch frei geworden war. Der Prätor gab deshalb für diesen Fall eine actio dupli gegen den frei gewordenen Sclaven[11]). Obgleich diese Klage eine Strafklage ist[12]) und obgleich ausdrücklich bemerkt wird, daß sie nur im Fall des dolus zulässig sei, wird sie doch auch im Fall der lata culpa zugelassen. In L. 1. §. 2. D. si is, qui testamento liber (47. 4) heißt es:

> „Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissipasse proponatur. Culpa autem negligentiaque servi post libertatem excusata est; sed culpa dolo proxima dolum repraesentat. Proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio.“

6. Missio in possessionem legatorum servandorum causa.

Diese kann causa cognita auch in solche Güter, welche nicht mehr in causa hereditaria sind, erfolgen, „si dolo malo in causa hereditaria esse desierunt“.[13]) Auch hier wird unter dem dolus die lata culpa mitbefaßt, wie aus der L. 5. §. 15. D. ut in

---

11) L. 1. pr. §. 1. D. si is, qui testamento liber (47. 4).
12) Vgl. auch L. 1. §. 19. D. eodem.
13) L. 5. §. 5. L. 8. L. 15. D. ut in poss. (36. 4).

possessionem (36. 4) hervorgeht. In dieser Stelle wird nämlich gesagt:

„Dolum accipere debemus et latam culpam, sed non omnem dolum, sed qui in necem legatariorum et fideicommissariorum factus est“.

Die abgedruckten Worte sind auch deshalb von Bedeutung, weil wir daraus ersehen, daß die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus wenigstens unter Umständen auch in solchen Fällen Platz greift, in welchen nicht bloß der rechtswidrige Vorsatz im Allgemeinen, sondern außerdem noch eine, auf einen besonderen Zweck gerichtete Absicht gefordert wird.

7. Interdictum quod vi aut clam.

Das interdictum quod vi aut clam ist nicht nur gegen denjenigen zulässig, welcher trotz erfolgter prohibitio das opus ausgeführt hat, sondern auch gegen den, welcher, um der von ihm gefürchteten prohibitio zu entgehen, heimlich dies gethan hat. Dem aber, welcher celandi animo gehandelt hat, wird in L. 3. §. 8. L. 4. D. quod vi aut clam (43. 24) derjenige gleichgestellt, qui existimare debuit, se prohibitum iri (sibi controversiam futuram). Ausdrücklich ist hier allerdings von lata culpa nicht die Rede; es kann aber nicht wohl zweifelhaft sein, daß der Grund der Entscheidung in der Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus liegt. — Auch hier handelt es sich ferner nicht bloß um den rechtswidrigen Vorsatz im Allgemeinen, sondern zugleich um die Absicht, das betreffende Handeln einer bestimmten Person zu verheimlichen.

8. Haftung des Erbschaftsverkäufers für vor dem Verkauf vorgenommene Verminderungen der Erbschaft.

Gegenstand des Erbschaftsverkaufs ist, wie in L. 2. §. 1. i. f. D. de hered. vend. (18. 4) gesagt wird, im Zweifel die Erbschaft in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit der Abschließung des Vertrages befunden hat. Dies wird im §. 3. der L. 2. cit. weiter ausgeführt. Nachdem sodann im §. 4. bemerkt worden ist, daß dem Käufer nicht nur das, was an den Erbschaftsverkäufer selbst, sondern auch das, was an den Erben des Verkäufers ex hereditate gelangt sei, restituirt werden müsse, heißt es im §. 5. der L. 2:

„Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, et hoc emtori praestandum est; fecisse autem dolo malo, quo minus perveniat, videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit, vel id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci. Sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur. Deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur."

Diese Stelle liefert gleichfalls einen Beleg dafür, in welcher Weise die römischen Juristen den dolus und die lata culpa zusammenfassen und beiden das: „sine dolo" entgegensetzen; es fragt sich aber, ob dieselbe nicht lediglich auf eine contractliche Verpflichtung zur Entschädigung zu beziehen ist.

Die im Anfang der Stelle vorkommenden Worte: eorum und eos muß man nach dem Zusammenhang auf den Verkäufer und den Erben des Verkäufers beziehen; hiernach müßte man annehmen, daß es sich im §. 5. cit. jedenfalls auch um nach dem Verkauf vorgenommene Verminderungen der Erbschaft handle, da in Betreff des Erben des Verkäufers nur von Verminderungen dieser Art die Rede sein kann. Auf der anderen Seite kommt aber wieder in Betracht, daß der Verkäufer nach dem Verkauf, wie dies aus den allgemeinen Grundsätzen über den Kaufcontract und aus der L. 3. D. de hered. vend. (18. 4) hervorgeht, nicht allein für dolus und lata culpa, sondern auch für levis culpa haftet. Soll die Stelle hiermit nicht in Widerspruch treten, so muß man die Schlußsätze derselben auf Verminderungen der Erbschaft beziehen, welche aus der Zeit vor dem Verkauf herrühren, mithin aus einer Zeit, wo ein Obligationsverhältniß für den Erben noch nicht bestand, und dazu ist man meiner Meinung nach um so mehr berechtigt, als die L. 2. D. cit. ihrem ganzen Inhalte nach vorzugsweise davon handelt, was als der ursprüngliche Gegenstand der durch den Erbschaftsverkauf begründeten Obligation zu betrachten ist[14]. Daß im Anfange der Stelle auch von dem Erben des Verkäufers die Rede ist, hat seinen

---

14) In dieser Weise wird denn auch die L. 2. §. 5. D. cit. allgemein verstanden; so in der neuesten Zeit noch von Pernice, Labeo II. S. 397 und von Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 33, die jedoch auf die Schwierigkeit, welche die Anfangsworte der Stelle machen, nicht eingehen.

Grund in der Anknüpfung an den §. 4, dessen Inhalt in Wahrheit den Zusammenhang der Ausführungen in der L. 2 durchbricht; auch wird in dem ferneren Verlauf des §. 5 die Bezugnahme auf den Erben des Verkäufers fallen gelassen.

Was nun die, vor dem Verkauf der Erbschaft eingetretenen Verminderungen derselben betrifft, so kann man selbstverständlich nicht jede, vom Erben aus freien Stücken vorgenommene Veräußerung als eine dolose bezeichnen, da der Erbe, solange er die Erbschaft nicht verkauft hat, an sich zur Veräußerung von Erbschaftsgegenständen völlig berechtigt ist. Auch geht aus dem §. 3. der L. 2 hervor, daß Ulpian die Veräußerungen, welche der Erbe vor dem Verkauf der Erbschaft vorgenommen hat, im Allgemeinen nicht als dolose Veräußerungen betrachtet. Der dolus, dem im §. 5 die lata culpa gleichgestellt wird, kann, soweit ich zu ersehen vermag, nur als die Absicht aufgefaßt werden, durch die Veräußerung den demnächstigen Käufer der Erbschaft zu schädigen; erst dadurch kann die V e r ä u ß e r u n g zu einer dolosen werden[15]. Auch hier also scheint sich die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus auf einen Fall zu beziehen, wo es sich zugleich um eine auf einen ganz besonderen Zweck gerichtete Absicht handelt; ich muß aber zugeben, daß die Stelle, wenn sie auch ein entschiedenes Zeugniß für die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus enthält, doch zu dunkel ist, als daß man nach der zuletzt erwähnten Seite hin ein entscheidendes Gewicht auf dieselbe legen könnte.

Außer den im Obigen angeführten Fällen könnte man noch die Klage gegen den Richter wegen Verletzung seiner Amtspflicht anführen, welche nach L. 15. §. 1. D. de judiciis (5. 1) dolus malus zur Voraussetzung hat und doch nach anderen Stellen auch wegen imprudentia zugelassen wird. Da aber in letzterer Beziehung Man-

---

15) An sich würde es nach meinem Erachten richtig sein, die Haftung des Erbschaftsverkäufers für die vor dem Verkauf vorgenommenen Verminderungen der Erbschaft nicht von der Art und Weise, wie die Verminderung herbeigeführt ist, sondern von dem Verhalten des Erben bei der Abschließung des Kaufcontracts abhängig zu machen. Vgl. m e i n e n Entwurf eines Gesetzes über das Erbrecht §. 329 und S. 355 fg. Ulpian geht aber in der L. 2. D. de hered. vend. von einem anderen Gesichtspunkte aus, wie namentlich auch aus den Schlußworten des §. 3 hervorgeht: „sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari, aequitatis ratio exigit“. Alsdann kann man aber den dolus, wie mir scheint, nicht anders auffassen, als im Text geschehen ist.

ches streitig ist, so kann man diese Stellen nicht als sichere Beweisstellen betrachten.

Stellen, in welchen mit Beziehung auf Delictsklagen geradezu gesagt wäre, daß die lata culpa dem dolus nicht gleichstehe, finden sich in den Quellen nicht, wohl aber einige Stellen, welche ein, wie ich allerdings glaube, gegründetes Bedenken dagegen erregen, die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus, die freilich mit Beziehung auf Eine Strafklage in der L. 1. §. 2. D. si is qui testamento (47. 4) anerkannt wird, auch für die anderen, auf eine eigentliche Strafe gerichteten Klagen aus Delicten anzunehmen. Ein näheres Eingehen auf diese Stellen muß ich mir aber bis zum nächsten Paragraphen vorbehalten.

Die angeführten Quellenzeugnisse beweisen auf das Evidenteste, daß die Regel, derzufolge die lata culpa dem dolus gleichgestellt wird, für die verschiedenartigsten Verhältnisse gilt, daß ihre Geltung sich keineswegs auf die contractlichen Verhältnisse beschränkt [16]). Es ergiebt sich ferner aus den Quellen, daß selbst da, wo in den entschiedensten Ausdrücken die Beschränkung der Haftung auf den dolus

---

16) Daß die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus sich nach den Quellen nicht auf die eigentlichen Contractsverhältnisse beschränkt, wird auch von Pernice (Labeo II. S. 411 fg.) und von Hesse (Archiv für civil. Praxis LXI. S. 250 fg.) anerkannt. Dessenungeachtet hält Pernice sich berechtigt, die Gleichstellung auf die Verkehrsverhältnisse, die Fälle einer verkehrsrechtlichen Haftpflicht zu beschränken, dieselbe mithin, wo es sich um Delicte handelt, völlig auszuschließen, und auf dasselbe kommt auch die Ansicht von Hesse, wenn ich sie recht verstehe, hinaus. Hesse (a. a. O. S. 249) beseitigt die darüber hinausgehenden Stellen des römischen Rechts einfach dadurch, daß er den Verfassern derselben eine Inconsequenz zur Last legt, eine Inconsequenz, deren sie sich dann freilich recht oft schuldig gemacht haben. Pernice beseitigt die Stellen dadurch, daß es sich hier um Fälle handle, in welchen der Delictscharakter der Klage von vornherein nicht deutlich ausgeprägt sei oder im Laufe der Zeit sich verwischt habe. Das Letztere würde man etwa gelten lassen können, wenn es sich nur um Fälle, wie namentlich das precarium, handelte. Aber so sind keineswegs alle Fälle geartet. Es freut mich, an Windscheid insofern einen Bundesgenossen gefunden zu haben, als er neuerdings sich sehr bestimmt dagegen erklärt hat, die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus auf die Fälle der Verhaftung des Schuldners in einer bereits constituirten Obligation zu beschränken. Wie weit er aber die Gleichstellung über diese Fälle hinaus ausdehnt, ist nicht zu ersehen. Vgl. Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 32 fg.

ausgesprochen wird, doch dadurch die Haftung für die lata culpa nicht ausgeschlossen ist[17]). Wenn aber irgend etwas, so spricht dieses dafür, daß die Römer im Allgemeinen in Betreff der Wirkungen keinen Unterschied zwischen lata culpa und dolus gemacht haben; eine solche Ausdrucksweise wäre sonst schlechthin unerklärlich.

Unter diesen Umständen kann in der That nicht viel darauf ankommen, welche Bedeutung man der L. 226. D. de V. S. (50. 16) beilegt. Auch muß ich Ihering darin Recht geben, daß ein großes Gewicht auf diese Stelle nicht gelegt werden kann.

Paulus sagt in derselben:

„Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est.“

Der Art, wie Ihering die Beweiskraft dieser Worte beseitigen will, kann ich nicht beistimmen. In den beiden letzten Titeln der Pandekten finden sich allerdings manche Stellen, welche trotz ihrer scheinbaren Allgemeinheit auf specielle Verhältnisse sich bezogen haben, und die dadurch, daß man sie aus diesem Zusammenhange gerissen hat, den Schein der Allgemeinheit angenommen haben. Von der L. 226. D. cit. läßt sich dies aber meiner Meinung nach nicht annehmen. Wenn die Worte: „magna culpa dolus est“ allein ständen, so ließe sich gar wohl denken, daß sie ursprünglich in Beziehung auf einen einzelnen Fall oder eine einzelne Klage ausgesprochen wären; die Verbindung dieses Satzes mit dem Satz: magna negligentia culpa est, wie wir sie in der L. 226 finden, spricht aber gegen eine solche Annahme. Wenn ich dessenungeachtet auf die L. 226 kein sonderliches Gewicht legen kann, so hat dies darin seinen Grund, daß es mir keineswegs fest zu stehen scheint, daß Paulus unter der magna culpa, deren er hier erwähnt, die lata culpa im technischen Sinne des Wortes verstanden hat. Wenn man die Stelle unbefangen liest, so muß man es als möglich zugeben, daß es Paulus nur darum zu thun gewesen ist, die Climax auf dem Gebiet der Nachlässigkeit und Verschuldung (negligentia — culpa — dolus)

---

17) Zahlreiche Stellen sind in diesem und dem vorigen Paragraph angeführt, in welchen die im Text hervorgehobene Ausdrucksweise sich findet. Diese Stellen lassen sich aber noch vermehren. Vgl. z. B. L. 108. §. 12. D. de leg. (30), wo die Haftung auf dolus malus tantummodo und dolus malus dumtaxat beschränkt wird, obgleich zweifellos auch für lata culpa gehaftet wird, ferner L. 10. §. 1. D. commod. (13. 6).

anzugeben, daß also die Worte nichts weiter bedeuten, als daß der dolus der höchste Grad der Verschuldung ist, daß aber Paulus hier an den, übrigens auch von ihm angenommenen Satz, daß die lata culpa in ihren Wirkungen dem dolus gleich stehe, nicht gedacht hat.

Im Nachfolgenden werde ich nun untersuchen:

1. welche Folgerungen aus den mitgetheilten Aussprüchen der Quellen sich für den Begriff der lata culpa ergeben,

2. ob hiernach anzunehmen ist, daß, wie der dolus, so auch die lata culpa allgemein als causa obligationis anzusehen sei.

---

§. 4.

Begriff der lata culpa. — Ausnahmen von der Regel, daß die lata culpa dem dolus gleich steht.

Die Lehre von dolus und culpa verdankt ihre Ausbildung nicht sowohl der Gesetzgebung, als vielmehr der Rechtswissenschaft. Wenn dies aber schon von dieser Lehre im Allgemeinen gilt, so gilt es ganz vorzugsweise von dem auf die lata culpa sich beziehenden Theil derselben. Soweit uns bekannt, geschieht der lata culpa in dem Edict keine Erwähnung und bis in eine verhältnißmäßig späte Zeit hin auch nicht in der sonstigen Gesetzgebung. Die römischen Juristen sind es, welche den Begriff der lata culpa aufgestellt und ihm zugleich seine Bedeutung zugewiesen haben [1]). Was hat nun die Juristen dazu veranlaßt?

Man könnte sich denken, daß das Bedürfniß, eine größere Anzahl von Stufen in der Haftung herzustellen, die Veranlassung gegeben hätte, daß also der Begriff der lata culpa für solche Verhältnisse erfunden worden sei, bei welchen die Haftung allein für dolus als zu beschränkt, die Haftung für dolus und culpa als zu weitgehend angesehen sei. Wäre dies die Veranlassung gewesen, so

---

1) Dafür spricht insonderheit auch L. 32. D. depositi (16. 3), derzufolge der Satz: lata culpa dolus est erst allmählich zu allgemeiner Anerkennung gelangt ist.

würden wir drei Klassen von Verhältnissen zu unterscheiden haben: Verhältnisse, bei welchen die Haftung allein auf den dolus sich beschränkt, Verhältnisse, bei welchen auch lata culpa zu prästiren ist und endlich Verhältnisse, bei welchen eine Haftung für dolus, lata culpa und levis culpa angenommen wird. Eine solche Unterscheidung wird aber von den römischen Juristen nicht gemacht. Sie unterscheiden nur eine Haftung für dolus und eine Haftung für dolus und culpa. Hätten sie dazwischen die Haftung für dolus und lata culpa als Mittelglied angenommen, so hätten sie die Verhältnisse, bei welchen nach den ausdrücklichen Zeugnissen der Quellen eine Haftung für dolus und lata culpa gilt, nicht als Verhältnisse bezeichnen können, bei welchen allein der dolus (dolus solus, dolus dumtaxat, dolus tantummodo) zu prästiren ist.

Die lata culpa erscheint nicht als etwas Besonderes neben dem dolus. Nirgends wird ihr eine selbstständige Bedeutung beigelegt, vielmehr besteht ihre Bedeutung nur darin, daß sie als dem dolus in den Wirkungen gleichstehend betrachtet wird, daß durch sie das Gebiet des dolus erweitert wird.

Erwägt man nun, daß zwischen der culpa und dem dolus nicht ein bloß gradueller Unterschied besteht, daß vielmehr die culpa an und für sich eine von dem dolus wesentlich verschiedene Art der Verschuldung ist, so muß man es als eine sehr auffallende Erscheinung betrachten, daß die römischen Juristen, ohne durch die Gesetzgebung dazu veranlaßt zu sein, die lata culpa dem dolus gleichgestellt, daß sie dieselbe unter den dolus subsumirt haben. Ganz besonders muß es aber auffallen, daß sie selbst da, wo sie in der allernachdrücklichsten Weise, mit Ausdrücken, die in der That jeden Zweifel ausschließen, die Haftung auf den dolus beschränken, unter dem dolus die lata culpa mit befassen [2]).

---

2) A. M. Pernice, Labeo II. S. 405. Derselbe ist der Ansicht, daß die lata culpa in den Quellen vom dolus geschieden (wie er an anderen Orten sagt, streng gesondert gehalten) und mit größerer oder geringerer Deutlichkeit als Erscheinungsform der Fahrlässigkeit behandelt werde. Dagegen gilt: 1) daß in zahlreichen Stellen die Haftung auf dolus solus beschränkt wird, während zur Zeit der Abfassung dieser Stellen unzweifelhaft auch eine Haftung für lata culpa angenommen wurde (s. besonders S. 179 Anm. 8), 2) daß die Juristen vielfach in einer und derselben Stelle zuerst die Haftung auf dolus allein beschränkt und dann, fast in demselben Athemzuge auch eine Haftung für lata culpa anerkannt haben, 3) daß die Haftung für lata culpa vielfach daraus abgeleitet wird, daß

Dies sind Momente, welche für die Bestimmung des Begriffes der lata culpa von ganz entscheidender Bedeutung sind. Eine Begriffsbestimmung, welche das Vorstehende nicht erklärt, kann schlechterdings nicht richtig sein. Meines Erachtens läßt sich dies aber in befriedigender Weise nur erklären, wenn man bei der Bestimmung des Begriffs der lata culpa von der Definition, welche sich in den Quellen findet, ausgeht[3]).

---

die lata culpa dolus sei, daß sie dolum repräsentire, in doli crimen falle, 4) daß in mehreren Stellen im Gegensatz gegen die daselbst anerkannte Haftung für dolus und lata culpa das keine Haftung begründende Verhalten als ein Verhalten sine dolo malo (sine dolo) bezeichnet wird, wo also das sine dolo das sine lata culpa mitbefaßt. — Ich weiß in der That nicht, wie man stärkere Beweise für die im Text aufgestellten Sätze verlangen kann. Damit steht es nicht in Widerspruch, daß die Römer die lata culpa begrifflich von dem dolus geschieden haben; denn es handelt sich hier nicht darum, ob die lata culpa ihrem Begriffe nach als eine Art des dolus zu betrachten ist, sondern allein darum, ob die römischen Juristen die lata culpa wegen der gleichen Wirkungen, welche sie nach sich zieht, dem dolus gleichgestellt und zu diesem gerechnet haben.

3) A. M. Binding, Normen II. S. 338 fg. Er findet (S. 378 fg.), daß die in den Quellen uns mitgetheilte Definition der lata culpa, deren Mustergültigkeit allerdings wohl Niemand behaupten wird, erst durch das Resultat, welches auf anderem Wege gewonnen wird, zu ihrer richtigen Bedeutung gelangt. Das Resultat, welches Binding gewinnt, ist aber dieses, daß die lata culpa ihrem Begriffe nach gar keine culpa, sondern eine Unterart des rechtswidrigen Vorsatzes ist. Unter dolus in dem Sinn, welchen das römische Recht dem Worte giebt, versteht Binding den rechtswidrigen Vorsatz mit gemeinem Motiv, unter der lata culpa ein bewußt widerrechtliches Handeln, dem das gemeine Motiv fehlt. Wenn man in dieser Weise den Begriff der lata culpa faßt, so kann es nicht auffallen, daß die Römer vielfach die lata culpa zum dolus rechnen; es kann nur auffallen, daß sie für diese Art des rechtswidrigen Vorsatzes nicht einen passenderen Ausdruck gefunden haben und daß dieselbe wiederholt als eine negligentia bezeichnet wird. — Binding hält das Resultat, zu welchem er gelangt ist, für durchaus feststehend; ich kann nicht finden, daß er die von ihm aufgestellte Behauptung bewiesen hat. — Das römische Recht hat in einigen Fällen, wo es sich um Zuerkennung einer Strafe handelt, je nach dem Motiv, dem die That entsprungen ist, einen Unterschied in der Strafe eintreten lassen (vgl. z. B. L. 14. §. 2. D. de custodia 48. 3). Die römischen Juristen haben ferner, wie es nach einigen Stellen scheint, die als Strafe des dolus eintretende Infamie in solchen Fällen, wo die That aus einem an sich nicht unehrenhaften Motiv hervorgegangen ist, nicht eintreten lassen. Daraus folgt aber an sich Nichts weiter, als daß es auch innerhalb des dolus Abstufungen giebt, die unter Umständen eine verschiedene Behandlung veranlassen können (vgl. darüber besonders Herrmann im Archiv des Criminalrechts N. F. 1856 S. 460 fg.). Auch kann man daraus, daß die Juristen, wo sie mit Rücksicht auf das Motiv des Handelnden die sonst

Die Aussprüche über den Begriff der lata culpa finden wir in folgenden zwei Stellen:

L. 213. §. 2. D. de V. S. (50. 16) (Ulpianus):

„Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere, quod omnes intelligunt.“

L. 223. pr. D. eodem. (Paulus).

„Latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt.“

Zum Begriff des dolus gehört ein Doppeltes, ein Wissen und ein Wollen. Der Verletzer muß sich dessen bewußt gewesen sein, daß sein Verhalten einen bestimmten Erfolg haben werde und daß dieser Erfolg ein rechtsverletzender sei; und er muß ferner diesen Erfolg auch gewollt, in seinen Willen aufgenommen haben. Hat der Verletzer vorausgesehen, daß sein Verhalten den eingetretenen Erfolg haben werde, hat er zugleich gewußt, daß dieser Erfolg ein rechtsverletzender sei, so kann an dem Wollen im Allgemeinen nicht gezweifelt werden. So erklärt es sich, daß in den Quellen, wo es sich um die Bezeichnung des dolus handelt, besonders auf das: „sciens“ Gewicht gelegt wird, und ebenso versteht es sich hiernach

---

eintretende Folge des dolus ausschließen zu müssen glauben, den Ausdruck: dolus vermeiden und, was übrigens nur in ganz vereinzelten Fällen geschehen ist, in Ermangelung einer anderen Bezeichnung durch den Ausdruck ersetzen, der für das unmittelbar an den dolus grenzende Verhalten gebraucht wird, keine Folgerungen ziehen. Mir scheint es durchaus nicht erwiesen zu sein, daß die Römer einen dolus im technischen Sinne nur beim Vorhandensein eines gemeinen, geradezu unehrenhaften Motivs angenommen haben. Wenn auch manche, vom dolus handelnde Stellen auf das Vorhandensein eines solchen Motivs hindeuten, so kommen doch genug andere Stellen vor, in welchen man vergeblich eine solche Hindeutung suchen wird. Auf das Adjectiv malus (dolus malus), worauf Binding (S. 342. Anm. 513) Gewicht legt, kann man schon deshalb kein Gewicht legen, weil die Bezeichnung einer Haftung als Haftung allein für dolus malus die Haftung auch für lata culpa nicht ausschließt. — Ferner ist meiner Meinung nach nicht bewiesen, daß die Römer eine lata culpa nur in solchen Fällen angenommen haben, wo ein rechtswidriger Vorsatz da gewesen ist. Binding hat, um die Stellen, in welchen von lata culpa die Rede ist, auf diese Weise verstehen zu können, zu Suppositionen greifen müssen, zu welchen, wie mir scheint, die Stellen selbst keine Veranlassung geben. Ich mache hier nur aufmerksam auf L. 11. §§. 10. 11. D. de interrog. (11. 1), wo gerade die Verbindung zwischen dem §. 10 und dem §. 11 der Binding'schen Auslegung sehr wenig günstig ist, sowie auf L. 29. §. 3. D. mandati (17. 1) und die von der lascivia handelnden Stellen, auf welche ich weiterhin noch zurückkommen werde.

von selbst, daß es bei dem Beweise des dolus immer vorzugsweise darauf ankommt, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu beweisen. In der Regel wird derjenige, dem der Vorwurf des dolus gemacht wird, sich, um diesen Vorwurf von sich abzuwenden, darauf berufen, daß er nicht gewußt habe, daß der eingetretene Erfolg ein rechtsverletzender sei, oder daß er nicht daran gedacht habe, daß seine Handlung diesen Erfolg haben werde. Hier ist es nun, wo die Legaldefinition der lata culpa einsetzt. Man kann dieselbe, wie mir scheint, nicht anders verstehen, als in der Weise, daß eine lata culpa angenommen wird, wo Jemand, um den Vorwurf des dolus von sich abzuwenden, sich nur darauf berufen kann, er habe etwas nicht gewußt, was Alle wissen, oder, was mit darin liegt, er habe etwas als Erfolg seines Verhaltens nicht vorausgesehen, was Jeder voraussehen mußte [4]).

Im Vorstehenden habe ich mich ganz an die Worte der Legaldefinition angeschlossen. Es versteht sich aber von selbst, daß das in dieser Definition gebrauchte Wort: „omnes" nicht buchstäblich zu verstehen ist. Das Wissen Aller (ohne Ausnahme) würde von vornherein das Nichtwissen irgend eines Einzelnen schlechthin ausschließen [5]). Was die Juristen unter dem quod omnes intelligunt sich gedacht haben, dürfte jedoch nicht zweifelhaft sein. Es ist darunter dasjenige verstanden, was nicht füglich Jemandem unbekannt sein konnte, der in der Lage des Betreffenden sich befunden hat, und zwar, ohne daß es in dieser Beziehung irgend einer besonderen Ueberlegung bedurft hätte. Das letztere Moment ist eben das, worauf meiner Meinung nach vorzugsweise Gewicht zu legen ist [6]).

---

4) Vgl. besonders L. 7. D. ad leg. Cornel. de sicariis (48. 8). — In dieser Weise ist die lata culpa in den, in meinen Beiträgen III. S. 352 fg. angeführten Fällen aufzufassen; es ist ein Mangel, daß ich daselbst den im Text angegebenen Gesichtspunkt nicht als den entscheidenden hervorgehoben und demgemäß die Verwandtschaft der Fälle nicht so, wie ich dies hätte sollen, anerkannt habe.

5) Dies wird gegen die Definition besonders geltend gemacht von Binding, Normen II. S. 379.

6) A. M. Pernice, Labeo II. S. 424 fg. Derselbe ist der Ansicht, daß die Worte der Legaldefinition: „non intelligere" nicht sowohl von Irrthum und Unwissenheit zu verstehen, als vielmehr auf einen Mangel an Ueberlegung, einen Mangel geistiger Anspannung zu beziehen sind. Auf diese Weise wird, wie Pernice hervorhebt, einerseits die lata culpa unter denselben Gesichtspunkt, wie die levis culpa, gebracht, andererseits die praktische Gleichstellung mit dem dolus ermög-

Es fragt sich aber, ob es gerechtfertigt ist, den Begriff der lata culpa allein von der Seite des Irrthums aus zu construiren.

Das Verhalten, welches den rechtsverletzenden Erfolg herbeigeführt hat, kann seiner ganzen Beschaffenheit nach der Art sein, daß es vernünftiger Weise gar keinen anderen Zweck, als die Herbeiführung des eingetretenen Erfolges gehabt haben kann. In diesem Fall wird es sich regelmäßig nur darum handeln, ob der Handelnde gewußt hat, daß der Erfolg ein rechtsverletzender sei. In zahlreichen anderen Fällen steht die Sache dagegen so, daß der eingetretene Erfolg auch eine nicht gewollte Folge des Verhaltens sein kann. Hier kommt nicht die eben erwähnte Frage allein in Betracht, sondern es kommt zugleich darauf an, ob der Handelnde den eingetretenen Erfolg als Folge seines Verhaltens vorausgesehen und gewollt hat. Hat er diese Folge seines Verhaltens nicht vorausgesehen, so kann von einem dolus nicht die Rede sein. Es liegt dann jedenfalls nur eine culpa vor; diese culpa wird aber, wie man nach

---

licht. Meines Erachtens schließen die Worte: „quod omnes intelligunt" so bestimmt, wie möglich, den Gedanken aus, als ob irgend eine besondere geistige Anspannung verlangt werde, um dem Vorwurf der lata culpa zu entgehen. Die praktische Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus erklärt sich ferner viel leichter, wenn man die Legaldefinition so versteht, wie dies im Text geschehen ist. Und der Vortheil, daß die lata culpa bei der Auslegung von Pernice der levis culpa näher gerückt wird, scheint mir sehr problematischer Natur zu sein, indem die Art und Weise, wie die Römer sich in Betreff der lata culpa aussprechen, gewiß keine Veranlassung zu dem Bestreben giebt, dieselbe thunlichst der levis culpa anzunähern. An seine Auslegung der Worte der Legaldefinition knüpft Pernice weiter die Bemerkung, daß daraus sich zugleich ergebe, daß die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus auf die Verkehrsverhältnisse sich beschränken müsse, weil hier allein eine Verpflichtung zur Ueberlegung vorhanden sei. Wie unsicher das Fundament ist, auf welchem dieses Argument ruht, liegt zu Tage. Ich meinestheils würde gerade daraus, daß die Gleichstellung von den Römern nicht auf die Verkehrsverhältnisse beschränkt worden ist, einen Grund gegen die Auslegung von Pernice entnehmen. — Binding (Normen II. S. 379. Anm. 578) beruft sich, um darzuthun, wie wenig das non intelligere, quod omnes intelligunt, die lata culpa statuire, auf L. 9. §. 2. D. de juris et f. ignorantia (22. 6), derzufolge das (als summa negligentia bezeichnete) ignorare, quod omnes in civitate sciunt, unmittelbar an den verzeihlichen Irrthum grenze. Mit demselben Recht kann man sagen, daß nach L. 11. §. 2. D. de poenis (48. 19) der casus unmittelbar an das propositum und den impetus, nach L. 11. D. de incendio (47. 9) das „fortuito" unmittelbar an die culpa dolo proxima grenzt. Wo nur die summa negligentia schadet, beginnt

den Quellen annehmen muß, als eine lata culpa angesehen, wenn die Möglichkeit des rechtsverletzenden Erfolgs so nahe lag, daß sie auch ohne irgend eine besondere Ueberlegung erkannt werden mußte, daß das Uebersehen derselben nicht wohl anders, als aus einer völligen Gleichgültigkeit gegen das fremde Interesse erklärt werden kann. Hierher werden regelmäßig die Fälle gehören, in welchen die Quellen von lascivia oder lusus perniciosus sprechen [7]). Ebenso ist hierher auch der Fall der L. 29. §. 3. D. mandati (17. 1) zu rechnen [8]).

---

selbstverständlich unmittelbar, wo diese nicht mehr vorhanden ist, die verzeihliche negligentia.

7) Gajus III. §. 202. §. 11. J. de obl., quae ex del. (4. 1). L. 50. §. 4. D. de furtis (47. 2). Wenn ich früher (Beiträge III. S. 352 fg.) angenommen habe, daß es sich hier um Fälle handle, in welchen der Handelnde den rechtsverletzenden Erfolg als mögliche Folge seines Verhaltens vorausgesehen und doch aus frivolem Leichtsinn die gefahrdrohende Handlung vorgenommen habe, so nehme ich dies jetzt zurück. Die citirten Stellen geben in der That keinen Anlaß, solche Fälle oder nur solche Fälle zu supponiren. Vielfach wird auch, wie Herrmann (im Archiv des Criminalrechts N. F. 1856. S. 476) mit Recht bemerkt, gerade in dem Umstand, daß der Verletzer in seinem Uebermuth gar nicht an die möglichen Folgen seines Thuns gedacht hat, eine besondere Höhe des Leichtsinns sich bekunden. — Eben so wenig scheint mir eine Veranlassung zu der Annahme vorzuliegen, daß die Verletzer in dem Fall, auf welchen die L. 4. §. 1. D. ad leg. Cornel. de sicariis (48. 8) sich bezieht und über welchen die Collatio tit. 1. cap. 11 genauer berichtet, den eingetretenen Tod des von ihnen Gewippten oder auch nur eine Körperverletzung desselben als mögliche Folge ihres Uebermuths vorausgesehen haben, bezw. wie Binding will, für den Fall des Eintretens dieser Folge damit einverstanden gewesen sind. Vgl. Pernice, Labeo II. S. 381 fg. Und dasselbe gilt von den in der L. 7. D. ad l. Cornel. de sicariis (48. 8) der lata culpa zugezählten Fällen. — Pernice a. a. O. S. 386. Anm. 30 nimmt an, daß ich in meinen Beiträgen (III. S. 353. Anm. 6) unter lusus perniciosus die Schädigungsabsicht im Gegensatz zur Diebstahlsabsicht verstanden habe. Diese Annahme ist insofern unrichtig, als ich unter dem in L. 50. §. 4. D. de furtis erwähnten lusus perniciosus nicht einen dolus im engeren und eigentlichen Sinn verstanden, sondern in dem fraglichen Fall nur einen dolus in dem weiteren, auch die lata culpa umfassenden Sinn angenommen habe. Im Uebrigen habe ich oben schon bemerkt, daß ich meine damalige Auffassung des Falls nicht mehr für richtig halten kann.

8) Ulpian bezeichnet in der L. 29. §. 3. D. cit. es als dolo proximum, wenn der Bürge, der die Schuld bezahlt hat, den Hauptschuldner nicht von der erfolgten Zahlung benachrichtigt hat. Der Bürge kann deshalb, wenn in Folge der unterlassenen Benachrichtigung der Hauptschuldner auch seinerseits bezahlt hat, keinen Ersatz des Gezahlten, sondern nur die Cession der dem Hauptschuldner zustehenden condictio indebiti verlangen. — Zu der Annahme, daß der Bürge hier

Wenn der Handelnde den rechtsverletzenden Erfolg als mögliche Folge seines Verhaltens vorausgesehen hat, so liegt darin doch nicht immer ein dolus (s. g. dolus eventualis) vor, und ebensowenig kann man sagen, daß der eben erwähnte Umstand allein das Verhalten als ein culposes kennzeichnet, oder gar die etwa vorhandene culpa ohne Weiteres zu einer lata culpa macht. Ein dolus kann namentlich dann nicht angenommen werden, wenn der Handelnde der Meinung war, daß die Möglichkeit des Eintretens der Folge so ferne liege, daß auf das Nichteintreten derselben gerechnet werden könne, oder wenn er geglaubt hat, sein Verhalten so einrichten zu können, daß der fragliche Erfolg werde vermieden werden. War hier die Meinung an sich begründet und hat bezw. der Handelnde

---

die nachtheilige Folge seiner Unterlassung vorausgesehen habe und daß nur für diesen Fall die Entscheidung gelten solle, liegt kein Grund vor, noch weniger zu der Annahme einer auf diese Folge gerichteten Absicht des Bürgen. Die Stelle läßt sich daher auch mit der von Binding aufgestellten Ansicht über das Wesen der lata culpa (s. S. 198 Anm. 3) nicht vereinigen. Binding (Normen II. S. 364 fg.) ist freilich der Meinung, daß die fragliche Benachrichtigungspflicht des Bürgen als Theil des von ihm übernommenen Auftrages betrachtet werden müsse und daß hier eine wissentliche Unterlassung aus Trägheit oder Indifferenz, also eine bewußte Pflichtverletzung vorliege. Diese Auffassung scheint mir aber nicht haltbar zu sein. Daran, daß dem Bürgen die Benachrichtigungspflicht von dem Hauptschuldner bei Ertheilung des Mandats ausdrücklich auferlegt wäre, ist nicht zu denken, weil die Aufnahme einer derartigen Bestimmung in den, auf Uebernahme der Bürgschaft gerichteten Auftrag fast nie vorkommen dürfte. Die Pflicht, von der erfolgten Zahlung den Hauptschuldner zu benachrichtigen, ist eine Pflicht, welche sich aus den allgemeinen Bestimmungen über das Mandat ergiebt, nämlich daraus, daß der Mandatar sein Verhalten in einer dem Interesse des Mandanten entsprechenden Weise einzurichten hat; es verhält sich mit dieser Pflicht nicht anders, als z. B. mit der Pflicht des Commodatars, die geliehene Sache vor Schaden zu behüten. Mit demselben Recht, mit welchem Binding in dem Unterlassen der Benachrichtigung ohne Weiteres eine bewußte Pflichtverletzung findet, kann man, wenn der Commodatar die ihm geliehene Sache einmal unbehütet läßt, ohne Weiteres eine bewußte Pflichtverletzung annehmen. — Als Beweisstelle gegen die Ansicht von Binding scheint mir die L. 29. §. 3. cit. sehr bedeutend zu sein; dagegen will ich nicht läugnen, daß sie nach einer anderen Seite hin Anlaß zu erheblichen Bedenken bietet. Es ist mir sehr bedenklich, so allgemein, wie Ulpian dies thut, in dem Unterlassen der Benachrichtigung eine lata culpa zu finden, und überdies scheint mir Nichts darauf anzukommen, ob man in dem Verhalten des Mandatars eine lata culpa oder nur eine levis culpa findet, da der Mandatar nach den Grundsätzen über das Mandat auch für levis culpa haftet.

sein Verhalten wirklich so eingerichtet, daß ohne das Hinzutreten nicht vorhergesehener ungünstiger Umstände der rechtsverletzende Erfolg vermieden wäre, so wird vielfach selbst eine levis culpa nicht angenommen werden können. Dagegen muß eine lata culpa angenommen werden, wenn die Meinung, daß auf das Nichteintreten des Erfolgs gerechnet werden könne, oder daß der Erfolg werde vermieden werden, als eine völlig haltlose erscheint[9]). Auch hier wird, soweit ich sehen kann, die lata culpa sich immer durch das Vorhandensein eines Irrthums oder Nichtwissens von dem dolus unterscheiden, sei es, daß der Handelnde geradezu eine irrige Vorstellung über den Zusammenhang zwischen dem Handeln und dem eingetretenen Erfolg gehabt, oder daß ihm nur die Einsicht in den erwähnten Zusammenhang gefehlt hat. Hat der Verletzer, welcher den rechtsverletzenden Erfolg als mögliche Folge seines Verhaltens vorausgesehen hat, weder die Meinung gehabt, daß auf das Nichteintreten dieser Folge gerechnet werden könne, noch die Meinung, daß von seiner Seite etwas zur Vermeidung des Erfolgs geschehen könne, hat er mithin es einfach darauf ankommen lassen, ob der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg eintreten werde oder nicht, so wird man meines Erachtens einen eventuellen dolus annehmen müssen, und dasselbe muß dann gelten, wenn der Erfolg vermeidbar war oder von dem Verletzer für vermeidbar gehalten wurde, dieser aber die Mittel, die seiner Meinung nach zur Vermeidung des Erfolges dienlich waren, freiwillig in Anwendung zu bringen unterlassen hat.

Demgemäß muß ich es für gerechtfertigt halten, daß die Legaldefinition, die freilich im Uebrigen nicht als eine Musterdefinition gelten kann, das Gewicht auf das „non intelligere“ legt, womit aber selbstverständlich nicht gesagt ist, daß es sich hier nur um einen Erkenntnißfehler handelt. Dies ergiebt sich von selbst, wenn man auf den Grund des „non intelligere quod omnes intelligunt“ eingeht, indem dieser eben in der Gleichgültigkeit gegen das fremde Interesse gefunden werden muß. So erklärt es sich denn auch, daß Ulpian

9) Auch Fälle dieser Art wird man als Fälle der lascivia bezeichnen können. Nur das hat in der Anm. 7 zurückgewiesen werden sollen, daß die Voraussicht des rechtsverletzenden Erfolgs als zum Begriff der lascivia gehörig zu betrachten sei.

in der L. 213. §. 2. D. de V. S. das erwähnte non intelligere und die nimia negligentia einander gleichstellt [10]).

10) Dies ist in meinen Beiträgen (III. S. 350 fg.) nicht genügend hervorgehoben, sowie denn die daselbst sich findende Darstellung auch sonst an manchen Mängeln leidet. Im Uebrigen glaube ich, daß einige Vorwürfe, welche gegen dieselbe erhoben sind, auf Mißverständnissen beruhen, rücksichtlich deren ich mich aber freilich nicht von Schuld freisprechen kann. Zunächst ist gegen mich vorgebracht worden, daß durch die Art und Weise, wie ich die Entscheidung über die Frage, ob eine lata culpa vorliege, von der Entschuldbarkeit des Irrthums abhängig gemacht habe, in Wahrheit jede culpa zu einer lata culpa gestempelt werde. Hiergegen muß ich bemerken, daß ich unter dem „nicht entschuldbaren Irrthum" nur den Irrthum verstanden habe, welcher in den Quellen auch als dissoluta ignorantia, als ignorantia, quae in supinum hominem cadit, oder als ein Irrthum über einen Gegenstand, welcher omnibus potuit apparere, bezeichnet wird. In der That kann doch auch nur ein solcher Irrthum dem „non intelligere quod omnes intelligunt" gleichgestellt werden. Auch kann man, wenn man den nicht entschuldbaren Irrthum als einen solchen hinstellt, der ganz allgemein, auch abgesehen von bestehenden obligatorischen Verhältnissen, keine Berücksichtigung findet, nicht füglich an einen anderen Irrthum denken. Ich bin, indem ich den Ausdruck: nicht entschuldbarer Irrthum in diesem Sinn gebraucht habe, Anderen gefolgt; ich räume aber ein, daß der Ausdruck an sich nicht ganz passend ist. Sowie es sich um das Verhalten einem bestehenden obligatorischen Verhältniß gegenüber handelt, steht die Sache in dem einen Fall anders, als in dem anderen. Hier wird vielfach verlangt, daß man sich nicht bei dem Wissen beruhigt, welches einem gewissermaßen von selbst in den Schooß fällt, sondern daß man, wo es an einem solchen Wissen fehlt, Erkundigungen einzieht, überhaupt die zur Erlangung der fehlenden Kunde zu Gebote stehenden Mittel benutzt. Man kann auch in dieser Anwendung von entschuldbarem und nicht entschuldbarem Irrthum sprechen und in Wahrheit paßt der Ausdruck hier besser; aber allgemeine Grundsätze über das, was in diesem Sinne entschuldbarer und nicht entschuldbarer Irrthum ist, lassen sich nicht aufstellen, weil dies je nach der Verschiedenheit der im einzelnen Fall begründeten Haftung sich verschieden bestimmt. — Ferner ist der Darstellung in meinen Beiträgen der Vorwurf gemacht worden, daß dieselbe sich in einem Zirkel bewege, indem einestheils von der lata culpa gesagt werde, daß sie eine culpa sei, die auf einem nicht entschuldbaren Irrthum beruhe, andererseits vom nicht entschuldbaren Irrthum, daß derselbe ein Irrthum sei, der auf lata culpa beruhe. Auch hier räume ich ein, daß ich durch die Art und Weise, wie ich mich in meinen Beiträgen ausgedrückt habe, die Veranlassung zu dem Einwande gegeben habe. Was ich habe sagen wollen, ist, daß die Grundsätze über den nicht entschuldbaren Irrthum (in dem oben angegebenen Sinn) auf einem gleichen praktischen Bedürfniß beruhen, wie die Grundsätze über die lata culpa, daß es dieselbe Wurzel ist, der Beides entspringt, die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus und die Nichtberücksichtigung des erwähnten Irrthums. Dabei gebe ich zugleich zu, daß ich diese Seite der Sache in meinen Beiträgen zu einseitig betont habe.

Fasse ich nun das Vorstehende zusammen, so ist das, was die lata culpa charakterisirt, die völlige Gleichgültigkeit gegen das fremde Recht und Interesse, der gänzliche Mangel an Ueberlegung, wo das fremde Recht und Interesse in Frage steht.

Der Begriff der lata culpa hat nicht bloß eine processualische Bedeutung. Man kann nicht sagen, daß die lata culpa Nichts anders sei, als ein dolus, der aber nur durch Indicien bewiesen sei. Wie eine jede innere Thatsache, so kann auch der dolus, sofern er nicht von dem Schuldigen eingeräumt ist, nie anders, als durch Indicien bewiesen werden. Ebenso trifft es nicht die Sache, wenn man den Unterschied zwischen dolus und lata culpa allein darin setzt, daß bei der letzteren kein so stringenter Beweis des rechtswidrigen Vorsatzes gefordert werde. Die eine, wie die andere Auffassung würde sich mit der Art und Weise, wie die römischen Juristen von der lata culpa sprechen, nicht vereinigen lassen. Ich brauche in dieser Beziehung nur auf Stellen, wie L. 7. D. ad l. Cornel. de sic. (48. 8) hinzuweisen. Die lata culpa ist ihrem Begriffe nach von dem dolus verschieden; sie ist nicht dolus. Daß sie aber in ihren Wirkungen dem dolus gleichgestellt wird, läßt sich meiner Meinung nach nur daraus erklären, daß man von der Annahme ausgegangen ist, daß in sehr vielen Fällen, in denen nur eine lata culpa als erwiesen vorliegt, in Wahrheit ein dolus vorhanden gewesen ist, und daß in den Fällen, in welchen dies nicht zutrifft, doch jedenfalls ein so hoher Grad von Gleichgültigkeit gegen fremdes Recht und Interesse vorliegt, daß man keine Veranlassung hat, um dieser Fälle willen eine schonendere Behandlung eintreten zu lassen. Was die römischen Juristen veranlaßt hat, den Begriff der lata culpa aufzustellen oder, wie man es auch ausdrücken kann, zu erfinden, ist meiner Meinung nach vorzugsweise die schwere Beweisbarkeit des dolus [11]). Die lata culpa ist, vom praktischen Standpunkt aus betrachtet, ein Complement des dolus, und zwar ein Complement, welches wesentlich dazu dient, nicht zu viele in Wirklichkeit dolose Rechtsverletzer durchschlüpfen zu lassen. Nur so läßt es sich meiner Meinung nach erklären, daß die lata culpa auf der einen Seite als eine culpa, als eine ihrem Begriffe nach vom dolus

---

11) Für diese Auffassung spricht, wie mir scheint, ganz entschieden die Art und Weise, wie Ulpian und Paulus in L. 213 §. 2 und L. 223 pr. D. de V. S. die lata culpa definiren.

verschiedene Schuld bezeichnet, auf der anderen Seite aber wieder dem dolus gleichgestellt, ja geradezu unter den dolus subsumirt wird. Diese Erklärung ist aber nur möglich, wenn man der lata culpa strenge die oben bezeichneten engen Grenzen zuweist. Sowie man darüber hinaus geht, ist die praktische Gleichstellung, wie wir sie in den Quellen finden, schlechterdings nicht zu begreifen.

Wende ich mich jetzt zu der Frage, ob nicht Ausnahmen von der Regel, daß die lata culpa dem dolus in den Wirkungen gleichsteht, zu machen seien, so kann ich unmittelbar an das Vorhergehende anknüpfen. Die praktische Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus muß um so bedenklicher erscheinen, je bedeutsamer die Nachtheile sind, welche das Recht an den dolus knüpft. Der Begriff der lata culpa läßt sich freilich nicht so scharf abgrenzen, daß nicht noch ein gewisser Spielraum für das richterliche Ermessen übrig bliebe und ganz von selbst wird es sich ergeben, daß der Richter, je bedeutender die Nachtheile sind, um deren Eintreten es sich handelt, um so eher geneigt sein wird, zu Gunsten der betreffenden Person von seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Aushülfe, welche auf diese Weise geboten wird, ist aber eine sehr unsichere, und daß die Römer sich dabei nicht überall beruhigt haben, lehrt namentlich die L. 7. D. ad leg. Cornel. de sic. (48. 8). Die hier mit ausdrücklichen Worten bezeugte Ausnahme von der die lata culpa dem dolus gleichstellenden Regel liegt auf dem Gebiet des Criminalrechts. Man wird aber nicht umhin können, auch auf dem Gebiet des Privatrechts Ausnahmen anzuerkennen, wenngleich dieselben hier nicht mit gleicher Bestimmtheit in den Quellen bezeugt werden.

Die eine Ausnahme bezieht sich auf die Fälle, in welchen die Infamie als Folge des dolus eintritt. Wenn auch das Eintreten der Infamie in den Fällen der lata culpa nicht schlechthin ausgeschlossen ist (S. 183), so wird man doch es als Regel ansehen müssen, daß die Infamie in den Fällen der lata culpa nicht eintrat, da diese Folge selbst in den Fällen eines wirklichen dolus ausgeschlossen wurde, wenn dem Verhalten des Schuldigen kein geradezu unehrenhaftes Motiv zu Grunde lag [12]).

Eine fernere Ausnahme wird, wie ich glaube, bei den auf eine

12) L. 7. §. 7. D. de dolo (4. 3) L. 7. pr. D. depos. (16. 3) L. 8. §§. 9. 10. D. mandati (17. 1).

Strafe gerichteten Klagen aus Delicten zu machen sein. Allerdings wird in der L. 1 §. 2. D. si is qui test. liber (47. 4) die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus in Betreff einer Pönalklage ausdrücklich bezeugt; daraus wird man aber einen sicheren Schluß auf die übrigen Pönalklagen nicht ziehen können, weil es sich hier um das Delict eines Freigelassenen handelt, welches auch im Fall der lata culpa wegen seiner Richtung gegen die Erbmasse desjenigen, dem der Thäter seine Freiheit verdankte, als ganz besonders strafwürdig erscheinen mochte. In der That scheint denn auch die Gleichstellung bei anderen Pönalklagen nicht anerkannt zu sein.

Hier kommt zunächst die L. 3. pr. D. de servo corrupto (11. 3), eine Stelle, auf welche Binding[13]) besonders aufmerksam gemacht hat, in Betracht. In dieser Stelle sagt Ulpian:

> „Dolo malo adjecto calliditatem notat Praetor ejus, qui persuadet. Ceterum si quis sine dolo deteriorem fecerit, non notatur; et si lusus gratia fecit, non tenetur."

Lusus bildet den Gegensatz gegen die auf einen ernsten Zweck gerichtete Absicht und bezeichnet ein Verhalten, welches wesentlich zur Belustigung dient, womit sich fremden Angelegenheiten gegenüber von selbst die Gleichgültigkeit gegen das fremde Interesse verbindet. Wenn man nun dies erwägt und zugleich den §. 1 der L. 3 cit. zur Erklärung des abgedruckten princ. heranzieht, so kann man die Worte: „si lusus gratia fecit" nicht wohl anders, als auf Fälle der lata culpa (lascivia) beziehen, wie z. B. auf solche Fälle, wo Jemand zu seiner Belustigung einen fremden Sclaven allerlei halsbrecherische Künste („in tectum ascendere vel in puteum descendere") hat vornehmen lassen und der Sclave dabei zu Schaden gekommen ist.

Ferner kommen einige Stellen in Betracht, welche sich auf die actio furti beziehen, einestheils Gajus III. §. 202, §. 11. J. de obl. quae ex del. (4. 1), L. 50. §. 4. D. de furtis (47. 2), anderentheils §. 5. J. de usucap. (2. 6), §. 1. J. de bonis vi raptis (4. 2.), L. 36. §. 1. L. 37. pr. D. de usurp. (41. 3). Nach der zuerst angeführten Reihe von Stellen wird die acti furti, obgleich sie nicht allein gegen den Dieb selbst, sondern auch gegen denjenigen geht, cujus ope consilio furtum factum est, nicht gegen den zugelassen, welcher durch seine lascivia die Veranlassung gegeben hat,

13) Siehe Binding, Normen II. S. 386.

daß die fremde Sache von einem Anderen gestohlen ist. In der zuletzt angeführten Reihe von Stellen wird anerkannt, daß der Rechtsirrthum in dem weitesten Umfange die actio furti ausschließt [14]).

Als Grund wird in zwei der citirten Stellen angegeben: „furtum enim sine affectu furandi non committitur.“ Man könnte hiernach geneigt sein, den Grund der Ausschließung der actio furti darin zu finden, daß diese Klage neben dem rechtswidrigen Vorsatz im Allgemeinen noch eine auf einen besonderen Zweck gerichtete Absicht voraussetzt [15]). Aus den Ausführungen in dem §. 3 geht jedoch hervor, daß die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus auch in solchen Fällen nicht ausgeschlossen ist. Ferner könnte man sich darauf berufen, daß nach zahlreichen Entscheidungen in den Quellen der Rechtsirrthum in einem erheblich weiteren Umfange berücksichtigt wird, als es nach L. 9. D. de juris et facti ignorantia (22. 6) den Anschein hat, und daß der Richter im Ganzen gewiß geneigt war, bei einer Klage, wie der actio furti, in der Berücksichtigung des Rechtsirrthums bis an die äußerste Grenze des Zulässigen zu gehen. Meiner Meinung nach reicht aber auch dies nicht aus, um die citirten Stellen zu erklären. Ich glaube deshalb, daß man in Betreff der actio furti eine Ausnahme von der, die lata culpa dem dolus gleichstellenden Regel annehmen muß. Und da, wie oben bemerkt, ein Gleiches in Betreff der auf das duplum gerichteten actio de servo corrupto gilt, so wird man, wie ich glaube, nicht umhin können, als Regel aufzustellen, daß bei den auf

---

14) Daß es sich in den fraglichen Stellen nicht etwa nur um einen Irrthum über das Eigenthumsrecht an der fraglichen Sache, der auch ein factischer Irrthum sein kann, sondern um einen Rechtsirrthum handelt, ergiebt sich aus dem angeführten Beispiel, daß der Usufructuar einer Sclavin den partus derselben in der Meinung verkauft, daß für den partus ancillae dasselbe Recht gelte, wie für die Jungen von Thieren. Der weite Umfang, in welchem der Rechtsirrthum hier Berücksichtigung findet, ergiebt sich aus den Worten: „qui aliquo errore inductus,“ „si quis aliqua existimatione deceptus.“

15) So könnte man in Betreff der Stellen, welche den Fall behandeln, wo Jemand fremdes Vieh panno rubro fugavit und dieses in Folge davon in die Hände von Dieben gefallen ist, etwa sagen, daß der Handelnde zwar im Allgemeinen habe voraussehen müssen, daß sein Verhalten dahin führen könne, daß das Vieh seinem Eigenthümer abhanden komme, daß aber die Gefahr des Abhandenkommens durch Diebstahl schon ferner gelegen habe.

eine Strafe gerichteten Delictsklagen die lata culpa dem dolus nicht gleichgestellt worden ist.

---

§. 5.

Lata culpa als causa obligationis.

Zum Schluß ist jetzt noch die Frage zu erörtern, ob die lata culpa, ebenso wie der dolus, allgemein als causa obligationis zu betrachten ist. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob die Römer auch in den Fällen der lata culpa die infamirende actio doli oder ob sie in diesen Fällen statt derselben eine actio in factum gegeben haben [1]); die allein praktische Frage ist die, ob überhaupt die lata culpa, wie der dolus, als allgemeiner Grund eines Anspruchs auf Schadensersatz (bezw. Beseitigung der Folgen des fraglichen Verhaltens) betrachtet werden kann [2]). Besonders hat diese Frage auch eine Bedeutung für die Fälle, in welchen der eine Contrahent bei Abschließung des Vertrages sich einer lata culpa schuldig gemacht hat, und gerade diese Anwendung ist es, welche mich veranlaßt hat, hier auf die Lehre von der lata culpa näher einzugehen.

Die herrschende Ansicht geht heutzutage wohl dahin, daß die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus nur in beschränktem Umfang gelte, und daß die erstere insonderheit nicht als causa obligationis anzuerkennen sei [3]).

---

1) Es ist bekannt, daß, wie an die actio legis Aquiliae, so auch an die actio doli sich actiones in factum angeschlossen haben. Für das heutige Recht hat es keine praktische Bedeutung, ob die Klage als actio doli oder als actio in factum bezeichnet wird. Für alle diejenigen Fälle, in welchen die Klage sich auf eine Verschuldung bei Abschließung eines b. f. Contracts gründet, war schon nach dem römischen Recht die infamirende actio doli ausgeschlossen, weil in diesen Fällen die Contractsklage gegeben wurde.

2) Dabei versteht es sich von selbst, daß hier, wo es sich um eine außercontractliche culpa handelt, nur die culpa in faciendo in Betracht kommen kann, aber freilich in dem ausgedehnten Sinne, in welchem dieser Begriff im römischen Recht gefaßt wird. Dies gilt übrigens gleicherweise auch vom dolus. Ein bloßer dolus in non faciendo kann nicht als causa obligationis gelten, weil eine allgemeine Verpflichtung, im Interesse Anderer positiv thätig zu sein, nicht besteht.

3) So noch neuerdings Pernice, Labeo II. S. 405 fg. und Hesse im Archiv f. civil. Pr. LXI. S. 252. — Dagegen ist Binding, Normen II.

Stellt man die Frage allein darauf, ob die Römer die infamirende actio doli auch in den Fällen der lata culpa zugelassen haben, so wird man, wie ich glaube, nicht zu einer Bejahung, wenigstens nicht zu einer allgemeinen Bejahung der Frage gelangen können (s. S. 207); es fragt sich aber, ob nicht in diesen Fällen eine actio in factum gegeben ist und ob nicht die Contractsklage ebensowohl wie wegen eines dolus in contrahendo, auch wegen lata culpa in contrahendo zugelassen ist.

In den Quellen finden wir keine Stelle, in welcher die Frage in verneinendem Sinn entschieden wäre, aber auch keine Stelle, die mit völliger Sicherheit für die Bejahung der Frage angeführt werden könnte [4]). Am ehesten könnte man sich auf die L. 2. §. 5. D. de hered. vend. (18. 4) berufen, welche eine Haftung wegen lata culpa anerkennt, obgleich es sich, wie man annehmen muß, nicht um eine contractliche culpa handelt (s. S. 192). Die Auslegung der Stelle bietet jedoch sehr große Schwierigkeiten und deshalb würde sie für sich allein schwerlich als eine sichere Grundlage für

---

S. 386 fg. der Ansicht, daß zwar die actio doli in den Fällen der lata culpa nicht zulässig sei, daß dieselbe jedoch in diesen Fällen durch eine actio in factum ersetzt worden sei, indem für die außercontractliche Schadensersatzverbindlichkeit die lata culpa dem dolus gleich stehe. Binding geht aber freilich von einem wesentlich anderen Begriff der lata culpa aus, als die anderen Schriftsteller (s. S. 198 Anm. 3). — Die Entscheidungen, welche sich im Seuffert'schen Archiv finden, sprechen sich gegen die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus in der zu Frage stehenden Beziehung aus. So die Entscheidung des Lübecker O.-A.-G.'s bei Seuffert IX. 144. (vgl. jedoch auch XVII. 17) und die Entscheidungen des R.-O.-H.-G.'s bei Seuffert, XXVII. 91. XXIX. 26. XXXII. 117. In den erwähnten Entscheidungen wird davon ausgegangen, daß die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus nur gelte, wenn es sich um die Verletzung bestehender Obligationen handele.

4) Glück, Pandekten V. S. 535 beruft sich für die Bejahung der Frage auf L. 33. D. de dolo (4. 3). Die hier erwähnte actio in factum kann nach Maßgabe des referirten Thatbestandes nur eine, an die actio doli sich anschließende actio in factum sein; weshalb aber hier nicht die actio doli, sondern eine actio in factum gegeben wird, wird in der Stelle nicht gesagt. Auch läßt sich aus dem mitgetheilten Thatbestand nicht entnehmen, daß nur eine lata culpa vorgelegen hat. Glück nimmt dies, wie es scheint, deshalb an, weil er keinen anderen Grund für die Ausschließung der actio doli und die Ersetzung derselben durch eine actio in factum ausfindig zu machen weiß; wenn aber auch die Wahrscheinlichkeit für diese Annahme sprechen mag, so läßt sich doch darauf nicht mit Sicherheit bauen.

die Bejahung der aufgeworfenen Frage betrachtet werden können. Dasselbe gilt von einer bisher nicht erwähnten Stelle, welche sich auf die exceptio doli bezieht. Es ist dies

L. 2. §. 5. D. de doli mali except. (44. 4) (Ulpianus) „— — — — nam etsi inter initia nihil dolo malo facit (fecit), attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.“

Hier wird angenommen, daß die ignorantia auch eine solche sein könne, ut dolo non careat. Dies ist an sich ein Widerspruch, derselbe dürfte sich jedoch dadurch lösen, daß man das Wort: „dolus“ in der weiteren, auch die lata culpa umfassenden Bedeutung versteht. Die Stelle kann aber, auch wenn man sie so versteht, nicht als eine sichere Beweisstelle betrachtet werden, weil es sich hier nur um die s. g. exceptio doli generalis, nicht um die der actio doli entsprechende exceptio doli, die s. g. exceptio doli specialis handelt.

Wenn ich dessenungeachtet der Ansicht bin, daß die lata culpa gleich dem dolus als causa obligationis anzusehen ist, so beruht dies auf folgenden Gründen.

Aus den Quellenzeugnissen, welche in den §§. 3 und 4 angeführt worden sind, geht hervor, daß die Ausdrücke: dolus und dolus malus nach dem Sprachgebrauch der römischen Juristen (mindestens seit dem zweiten Jahrhundert unserer Zeitrechnung) im Allgemeinen auch die lata culpa mit befassen, indem dies selbst da gilt, wo ausdrücklich von dolus dumtaxat, dolus solus die Rede ist. Dieser Sprachgebrauch, auf welchen gewöhnlich, wie mir scheint, sehr mit Unrecht, keine Rücksicht genommen wird, wäre geradezu unbegreiflich, wenn nicht wirklich die lata culpa im Allgemeinen in ihren Wirkungen dem dolus gleichgestellt wäre. Wir sind meiner Meinung nach wegen dieses Sprachgebrauchs nicht nur berechtigt, sondern geradezu genöthigt, die praktische Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus als Regel anzunehmen. Von dieser Regel kommen allerdings Ausnahmen vor; diese Ausnahmen liegen aber auf dem Gebiet des Strafrechts (der publicae accusationes und der Strafklagen aus Privatdelicten). Dagegen finden wir, soweit die Quellen uns eine Auskunft darüber geben, überall, wo es sich um Schadensersatz handelt, die lata culpa dem dolus gleichgestellt, und zwar, wie aus den im §. 3 mitgetheilten Stellen hervorgeht, nicht nur in contractlichen Verhältnissen, sondern auch in außercontractlichen Verhältnissen.

Dazu kommt, daß es sich in der großen Mehrzahl der im §. 3

aufgeführten Stellen, in welchen die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus anerkannt wird, in der That nur um eine Anwendung des der actio doli zu Grunde liegenden Princips handelt. Einige der im §. 3 erwähnten Entschädigungsklagen, wie namentlich die actio in factum gegen den mensor, stellen sich geradezu als Klagen dar, welche nur aus dem weiten Gebiet der actio doli für besondere Fälle abgezweigt sind. Dies ist aber ein Moment, worauf meiner Meinung nach ein sehr bedeutendes Gewicht gelegt werden muß. Dieselben Gründe, welche dahin geführt haben, die im §. 3 aufgeführten Klagen, obgleich diese an sich den dolus malus zu ihrer Voraussetzung hatten, auch in den Fällen der lata culpa zuzulassen, sprechen dafür, auch auf dem der actio doli verbliebenen Gebiet in den Fällen der lata culpa, wenn auch nicht die infamirende actio doli selbst, so doch eine daran sich anschließende actio in factum zu geben. Daß wir bestimmte Zeugnisse dafür nicht haben, dürfte sich wesentlich auch daraus erklären, daß für einen sehr großen Kreis von Fällen die an die actio legis Aquiliae sich anschließenden actiones in factum Anwendung finden konnten.

In Verbindung mit den angeführten allgemeinen Gründen wird man auch einer Stelle, wie der L. 2. §. 5. D. de hered. vend. (18. 4) eine gewisse Bedeutung nicht absprechen können.

Gegen die aufgestellte Ansicht kann man sich nicht darauf berufen, daß die scientia das charakteristische Merkmal des dolus ist, und daß der dolos Handelnde besonders in den Stellen, in welchen es sich um die Haftung beim Contrahiren handelt, regelmäßig durch das Wort: sciens oder ein ähnliches Wort bezeichnet wird. Die scientia gehört allerdings zum Begriff des dolus; sowenig aber die Haftung für lata culpa ausgeschlossen ist, wenn ein Nachtheil geradezu an den dolus oder gar an den dolus solus geknüpft wird, ebensowenig kann es als entscheidend gelten, wenn ein einzelnes, im Begriff des dolus liegendes Moment, wie die scientia, als Voraussetzung der Haftung angeführt wird.

Imgleichen kann ich es nicht für begründet halten, wenn Ihering bemerkt, das römische Recht schließe jede Ausdehnung der actio doli nach der zur Frage stehenden Seite hin auf das Bestimmteste aus, indem es die actio doli ausdrücklich auf die betrügerische Absicht stelle [5]). Die L. 1. §. 2. D. de dolo (4. 3),

---

5) Ihering, Jahrbücher IV. S. 13.

auf welche Ihering sich beruft, enthält freilich eine Definition des dolus, derzufolge unter dolus die betrügerische Absicht zu verstehen ist[6]). Aus zahlreichen Entscheidungen in den Quellen geht aber hervor, daß die actio doli, wenn sie auch ursprünglich auf Fälle des Betruges beschränkt gewesen sein mag, doch nach dem späteren Recht auch wegen sonstiger, absichtlich schädigender Handlungen angestellt werden konnte, daß sie mithin eine betrügerische Absicht keineswegs zur nothwendigen Voraussetzung hat[7]). Der Einwand von Ihering trifft also bei weitem nicht alle Fälle der actio doli. Die Frage, ob derselbe begründet ist, bleibt aber um deßwillen bedeutend genug und namentlich behält sie ihre volle Bedeutung für die Frage, ob der lata culpa in contrahendo dieselben Wirkungen, wie dem dolus in contrahendo beizulegen sind, da dem letzteren die Absicht, zu täuschen, wesentlich ist.

---

6) Pernice, Labeo II. S. 102 fg. faßt freilich die in der L. 1. §. 2. cit. gebilligte Definition des Labeo nicht in dieser Weise auf; ich vermag jedoch die Worte der Definition: „dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam" nicht anders zu verstehen, und finde, wenngleich Labeo gegen den Servius hervorgehoben hat, daß die Benachtheiligung eines Anderen auch ohne Simulation erfolgen könne, doch den eigentlichen Grund, weshalb Labeo eine Berichtigung der Definition des Servius für nöthig gehalten hat, darin, daß er, wie gleichfalls von ihm gegen Servius bemerkt wird, es für unzulässig hielt, überall, wo eine absichtliche Täuschung stattgefunden hatte, einen dolus malus anzunehmen („posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari"). — Uebrigens dürfte kaum etwas damit gewonnen werden, wenn man mit Pernice annimmt, daß Labeo unter dolus eine jede arglistige unsittliche (hinterlistige schlaue) Veranstaltung zum Nachtheile eines Anderen verstanden hat. Vgl. die folgende Anm.

7) Vgl. namentlich L. 7. §. 6. L. 18. §. 5. L. 19. L. 34. L. 35. D. de dolo (4. 3). L. 5. pr. D. si mensor (11. 6). L. 95. §. 1. D. de solut. (46. 3). Nach diesen Stellen habe ich die actio doli, wenn ein fremdes Thier in Folge des dolus eines Nichteigenthümers mir Schaden zugefügt hat, wenn ein Dritter einen mir geschuldeten Sclaven getödtet hat, wenn das Testament, in welchem ich bedacht war, von demjenigen, bei welchem der Testator dasselbe deponirt hatte, vernichtet ist, wenn der mensor doloser Weise die Mittheilung des Ergebnisses der Vermessung verzögert, wenn der Schuldner, welcher den Stichus und Pamphilus mir versprochen hat, den ersteren absichtlich tödtet und der Andere später stirbt. — In diesen Fällen eine betrügerische Absicht ausfindig zu machen, halte ich nicht für möglich und eben so wenig bieten die Stellen eine Veranlassung, in den erwähnten Fällen eine schlaue, hinterlistige Veranstaltung zum Nachtheil eines Anderen zu finden.

Nach meinem Erachten ist der erwähnte Einwand nicht begründet. Aus den, im §. 3 angeführten Stellen geht hervor, daß die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus auch für solche Fälle gilt, wo zur Begründung der Klage nicht der rechtswidrige Vorsatz allein genügt, sondern noch eine bestimmte Art der Absicht (die Richtung des Denkens des Handelnden auf einen besonderen Zweck) erforderlich ist. Dies kann auch namentlich für die Fälle kein besonderes Bedenken erregen, in welchen die fragliche Absicht sich gewissermaßen von selbst mit dem rechtswidrigen Vorsatz verbindet, ein rechtswidriger Vorsatz ohne diese bestimmte Absicht nicht wohl gedacht werden kann. So steht es aber in den Fällen des dolus in contrahendo, und ich sehe nicht ein, weshalb die lata culpa dem dolus nicht ebenso gut in dem Fall gleichgestellt werden kann, wo der Handelnde bei der geringsten Ueberlegung sich sagen mußte, daß durch sein Verhalten sein Mitcontrahent getäuscht werde, als in den sonstigen Fällen, wo der Handelnde voraussetzen mußte, daß sein Verhalten einen Anderen schädigen werde.

Der Einwand endlich, den Jhering aus der praktischen Gefährlichkeit der von mir angenommenen Ansicht entnimmt, verliert meiner Meinung nach seine Bedeutung, wenn man den Begriff der lata culpa in der richtigen, den Quellen entsprechenden Weise faßt. Sowie man darüber hinausgeht, ist die Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus überhaupt nicht zu rechtfertigen.

Druck von M. Bruhn in Braunschweig.

Erörterungen
über die Regel:
Commodum ejus esse debet,
cujus periculum est.

Von
Dr. Friedrich Mommsen,
Professor der Rechte an der Universität zu Göttingen.

1859. Preis 1 ℳ 80 ₰

Beiträge zum Obligationenrecht.

Von
Friedrich Mommsen.
Doctor und Professor der Rechte.

3 Abtheilungen 1853—1855. 16 ℳ. 50 ₰

Abtheilung 1. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. 1853.
Abtheilung 2. Zur Lehre von dem Interesse. 1855.
Abtheilung 3. Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa. 1855.

Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes
über
das Erbrecht
nebst
Motiven.

Von
Dr. Friedrich Mommsen,
Consistorial-Präsident in Kiel, früher Professor der Rechte in Göttingen.

In Veranlassung einer Preisausschreibung der juristischen Gesellschaft in Berlin verfaßt und nach Zuerkennung des Preises veröffentlicht.

1876. Preis 9 ℳ.

Mommsen, Friedrich

Erörterungen aus dem Obligationenrecht

Bd.: 2

Braunschweig 1879

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11390029-4